

بحر المذهب

في فروع مذهب الإمام الشافعي
رضي الله عنه

تأليف

الشيخ الإمام أبي المحاسن

عبد الواحد بن إسماعيل الروياني

المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

حققه وعلق عليه

أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء الثاني عشر



دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت ـ لبنان ـ شارع دكاش ـ هاتف: ٢٧٢٦٥٢ ـ ٢٧٢٦٥٥ ـ ٢٧٢٧٨٢ ـ ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ ـ ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب القاضي إلى القاضي

[نعتبر فيها شهادة شهود الفرع على شهادة شهود الأصل، أو لا يكون بينهما هذه المسافة، وإن كان كتب بشيء ثبت عنده ولم يحكم به يعتبر أن يكون بينهما مسافة يقبل فيها شهادة شهود الفرع، والفرق إنه اذا حكم حاكم يكتب بما نفذه وأمضاه وما حكم به حاكم يلزم كل حاكمٍ تنفيذه وإمضآؤه فلم يعتبر قرب المسافه، وأما إذا لم يحكم فإنه خبره بذلك فهو بمنزلة الشهادة على الشهادة فاعتبر فيه بعد المسافة وتعذر إثبات شهود الأصل ذلك عند الحاكم الثاني وقدر المسافة مسافة القصر وقال بعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان **أحدهما**: هذا، والثاني نعتبر مسافة الشهود لأداء الشهادة إليه لم يمكنهم الرجوع إلى المنزل قبل الليل.

وقال ابوحامدٍ: لايقول ثبت عندي لأن الثبوت حكم كقوله حكمت وإنما يقول شهداً عندي لفلانٍ بكذا إذا كان قصده نقل الشهادة فإن قال: ثبت عندي فهو حكم لا يشترط فيه المسافة والصحيح عند أكثر أصحابنا أن الثبوت لا يكون حكما لأن الحكم هو الإلزام والثبوت ليس إلزاماً، وهو في ثبوت الحق كالإقرار ونص عليه في الأم فقال: كتابه كتابان؛ **أحدهما**: كتاب يستأنف المحكوم إليه به، **والثاني**: كتاب حكم منه، وقد ذكرنا ما يفعل به وحكى الطحاوي عن أبي حنيفه [١٢/١أ] وأصحابه أنه يجوز للحاكم المكتوب إليه أن نقبله، وإن كانت المسافة قريبةً وقال بعض المتأخرين من أصحابه هذا مذهب أبي يوسف ومحمد والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لايجوز ذلك كما في الشهاده على الشهاده وأحتج من إجازة الحاكم بما ثبت عنده فجاز مع القرب ككتاب الحكم وهذا لأنه نقل الشهادة إلى المكتوب إليه فلا تجوز مع القرب كالشهادة على الشهاده ويفارق كتاب الحكم لأنه ليس

---

(١) ما بين معكوفتين هكذا ورد في الأصل فليحرر ومن هنا يبدأ كتاب القاضي إلى القاضي.

بنقل وإنما هو خبر بفعله فافترقا ثم قال الشافعي رضي الله عنه: ينتجه ويقرأ عليهما الفصل والكلام إلا أن يكون في كيفية التجمل والأداء فأما التجمل فيحتاج الحاكم الكاتب أن يحضر شاهدين من أهل بلد الحاكم المكتوب إليه أو بمن يريد الخروج إليه ويقرأ الكتاب عنهما أو يقرؤه غيره وهو يسمعه قال الشافعي رضى الله عنه: وأحب الشاهدين أن ينظرا في الكتاب لئلا يحرف شيء منه، فإن لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعاه فإذا سمعا ذلك وضبطاه قال الحاكم لهما: اشهدا إني كتبت إلي فلان ابن فلان بما سمعتما في هذا الكتاب].

قال الشافعي رضي الله عنه: وينبغي أن يأمرهم بنسخ كتابه في أيديهم ويوقعوا شهادتهم فيه قال أصحابنا: والاحتياط أن يكون ذلك قبل [١٢/١ب] أن يقرأ الكتاب عليهم فينسخ كل واحد منهما لنفسه نسخةً تكون معه، فإذا قرأ الحاكم كتابه نظر في نسخته وقابل ليكون ضابطاً لما في الكتاب لئلا ينسوا ذلك، وقوله: ويوقعوا شهادتهم فيه، يعني في الكتاب الذي في أيديهم ويحتمل أن يريد بقوله فيه، أي في كتاب القاضي والاحتياط أن يوقعوا شهادتهم في كتاب القاضي وفي النسخة التي في أيديهم ليحفظوا من النسخة لفظ شهادتهم فإن ضبط ما يحتاج إليه من كتاب القاضي وحفظ من غير نسخ لم يحتج إلى ذلك؛ لأن المعّول على ما علمه وشهد به إلا أن يكون مختوماً لأن الاعتماد على حفظهما لما فيه، ولو اقتصر القاضي فقال لهما: هذا كتابي إلى فلان القاضي أجزأ وإن لم يقل اشهدا بما فيه، وإن أدرج الكتاب وختمه استدعى شاهدين وقال لهما: هذا كتابي إلى فلانٍ قد أشهدكما على نفسي بما فيه لم يصح التحمل وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف: إذا ختمه بختمه المشهور جاز أن يتحمل الشهادة عليه مدرجاً فإذا وصل الكتاب شهد عنده أنه كتاب فلانٍ إليه ويذكر هذا عن أبي حنيفة وهو غير مشهور عنه، واحتج بأنهما شهدا بما في الكتاب فلا حاجة بهما إلى معرفة تفصيله كما لو شهدا لرجل بما في هذا الكيس من الدراهم جازت شهادتهما، وإن لم يذكرا قدرها وهذا غلط [١٢/ ٢أ]؛ لأنهما شهدا بما هو مجهول عندهما فلا تصح شهادتهما كما لو شهدا على أن لفلان على فلان مالاً وأما ما... عليه فلا يصح لأن تعيينها يغني عن معرفة قدرها وهما الشهادة بما في الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه فلا يجوز.

وقال الشافعي رضي الله عنه: وقبضا الكتاب قبل أن يغيبا عنه.

وأما صفة الأداء: فإنهما إذا وصلا إلى الحاكم الثاني يقولان: نشهد أن هذا الكتاب قُرِىء على فلان القاضي وسمعناه وأشهدنا أنه كتبه إليك وهذه الشهادة بعد قراءة الكتاب.

قال الشافعي رضي الله عنه: فإن لم يقرأ الكتاب ولكنهما سلماه إليه وقالا أنه كتب إليك بهذا لم يجز خلافاً لأبي حنيفة. وإذا شهدوا بذلك قبله القاضي إن كانوا عدولاً عنده وأمضاه إن كان حكماً وحكم به إن كان تثبيتاً بالبينة أو بالإقرار عنده. والحكم المبرم تارة يكون ببينة، وتارة يكون بإقرار، وتارة بعلم وقع له إذا جوزنا له أن يقضي بعلمه، وتارة بالنكول ورد اليمين، ولو كتب بحصول النكول ورد اليمين عنده من غير أن يبرم الحكم ليبرمه المكتوب إليه جاز، ولو كتب بعلم نفسه إلى غيره ليقضي المكتوب إليه بموجب علمه لم يجز لأنه إذا لم يبرم الحكم [١٢/٢ب] بنفسه بعلمه بل أخبره غيره بعلمه فهو شاهد إن شهد به وبالكتبة لا يحصل شيء لا الشهادة ولا غيرها، ثم إن كتب بثبوت الشيء عنده بالبينة من غير إبرام الحكم لا بد أن يذكر ما تلك البينة فإنه قد تكون البينة عنده شاهداً ويميناً أو نكولاً محضاً، والمكتوب إليه لا يرى ذلك حجة.

ولا يجوز أن يقضي باجتهاد الكاتب بل ينبغي أن يحكم باجتهاد نفسه.

وأما إذا كتب الحكم المبرم يكفيه أن يقول: ثبت عندي الأمر ببينة أو بحجة أوجبت الحكم ولا يحتاج أن يذكر كيف ذاك، لأن الثاني ينفذ قضاءه لا غير فهو كالوكيل له والنائب عنه، والاجتهاد إلى من يقضي لا إلى من ينوب عنه فينفذه، وإذا كتب بسماع البينة فلا بد من أن يسمي الشاهدين فيقول: شهد عندي فلان وفلان وقد ثبت عدالتهما فإن المشهود عليه ربما يمكنه إثبات جرحهما عند القاضي المكتوب إليه فيكون الجرح أولى من التعديل، وإذا لم يسمها لم يدر المكتوب إليه بماذا يحكم بل يكون تقليداً للحاكم الكاتب لا مجتهداً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز أن يكتب ثبت عندي بشهادة العدول ولايسميهم فإن لم تثبت عدالتهم سماهم وهذا ضعيف، ولو ثبت الحكم بالشهود ولم يسمهم بالعدالة هل يكون الحكم بهم تعديلاً أم لا؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يكون تعديلاً لأن ذكرهم [١٢/٣أ] للحكم بشهادتهم تعديل فلا يحتاج إليه ثانياً، **والثاني**: لا بد من أن يصفهم بالعدالة وبما يجوز به قبول الشهادة لأنه قد يجوز أن يكون حكم بظاهر التوسم والسمت، وقال أبو حنيفة: لا يتصور الكاتب بالقضاء المبرم إلا أن يقضي على حاضر ويبرم عليه ثم يهرب بماله فيكتب إلى قاضي البلد الذي هرب إليه ليأخذه به أو يكون عن الغائب نائب حاضر فيجوز القضاء على الحاضر والغائب، فأما في غير هذا فلا يقضي على الغائب بل يكتب سماع الشهادة ليبعث الحاكم المكتوب إليه بذلك الرجل المشهود عليه إليه فيعيد الشهود الشهادة على وجهه ثم يقضي عليه. ولا يقبل شاهد وامرأتان في الشهادة بالكتاب لأن المقصود منه إثبات الكتاب وهو ليس بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء، وعند أبي حنيفة يقبل فيه شاهد وامرأتان، وأما شهود الكتاب فعدالتهم ينبغي أن

تثبت عند القاضي المكتوب إليه لا عند الكاتب، ولو عدلهم القاضي الكاتب لا يثبت، وقال القفال الشاشي: يثبت، وهو غلط لأنه يؤدي إلى تزكية نفسه بنفسه وقوله وهذا لا يجوز.

واعلم أن صاحب «الحاوي» ذكر في هذا الباب ترتيباً حسناً فأوردته على وجهه وذلك أن لوجوب قبول الكتاب ثلاثة شرائط على ما ذكرنا، قسَّم الكلام [١٢/ ٣ب] في صحته ولزوم الحكم به يشتمل على أربعة فصول: **أحدهما**: فيما يثبت به القاضي من أحكامه، **والثاني**: فيمن يكاتبه القاضي بحكمه، **والثالث**: فيما يجب به قبول كتبه، والرابع: فيما يمضيه القاضي المكتوب من حكمه. فأما الأول فأحكامه تنقسم أربعة أقسام: **أحدهما**: أن يحكم بحاضر على حاضرٍ بحق حاضرٍ، **والثاني**: أن يحكم لحاضرٍ على حاضرٍ لحق غائبٍ، **والثالث**: أن يحكم لحاضرٍ على غائب بحق غائب، والرابع: أن يحكم لحاضر على غائب بحق حاضر. فأما الأول فالحق على ثلاثة أضرب **أحدهما**: أن يكون عيناً حاضرة فيحكم القاضي بها لمن استحقها، إما بإقرار أو ببينة وينتزعها من يد المحكوم عليه ويسلمها إلى المحكوم له ولا يجوز في مثل هذا أن يكتب به القاضي إلى غيره سواءٌ أقام المحكوم عليه أو هرب، **والثاني**: أن يكون الحق في يد المحكوم عليه مقيماً بعد الحكم استوفاه منه ولم يكتب به إلى غيره وإن هرب بعد الحكم عليه وقبل منه جاز للقاضي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي هو فيه الهارب بما حكم عليه من قصاص أو حدٍّ أو غيره ليستوفيه القاضي المكتوب إليه وهذا حكم على حاضر فيجوز أن يكتب به من لا يرى القضاء على الغائب، **والثالث**: أن يكون الحق في ذمة المحكوم عليه فإن كان المحكوم عليه مقيماً استوفاه القاضي منه له ولم يكتب به [١٢/ ٤أ] إلى غيره، وإن هرب قبل استيفاء الحق منه فإن كان له مال استوفاه من ماله ولم يكتب، وإن لم يكن له مال حاضر كتب وهو قضاء على حاضر. وأما القسم الثاني: أن يحكم لحاضر على حاضر بحق غائب فهذا يكون في الأعيان وهذا مما يكتب بمثله القضاة، وثبوت استحقاقه قد يكون من ثلاثة أوجه: **أحدهما**: أن يقر به المطلوب، **والثاني**: أن يثبت باليمين بعد النكول، **والثالث**: أن يثبت بالبينة فإن ثبت بالإقرار كان القاضي فيما يكتب به من حكمه مخيراً من أن يذكر ثبوت استحقاقه بإقراره أو لا يذكره، فإن المقر لو أقام بينة باستحقاقه لم تقبل منه، وإن ثبت يمين الطالب بعد النكول لزم القاضي فيما يكتب من حكمه أن يذكر ثبوت ذلك عند يمينه بعد نكوله لأن المطلوب لو أقام به بينة قبلت منه وإن ثبت بالبينة ففي وجوب ذكرها في كتاب القاضي وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه ويكون مخيراً كالإقرار، **والثاني**: يلزمه لأنه قد يجوز أن يعارضها المطلوب ببينة أخرى فيكون ببينة ويده أحق من بينة بغير يدٍ. وللقاضي الخيار من أن يسمي شهود البينة أو لا يسميهم إذا وصفهم بالعدالة، فإن لم يصفهم بالعدالة فقد ذكرنا وجهين.

وأما القسم الثالث: أن يحكم لحاضر على غائب بحق غائب، فإن كان الغائب وقت الحكم حاضراً ثم غاب فهو حكم لحاضرٍ على حاضرٍ، [١٢/ ٤ب] وإن كان غائباً عند الحكم عليه نفذ حكمه إن كان يرى جواز القضاء على الغائب ولم ينفذ إن لم يره.

فإن كتب وهو لا يرى القضاء على الغائب بسماع البينة عليه ولم يذكر الحكم بها فإن ذكر الشهادة ولم يذكر ثبوت الحق بالشهادة جاز أن يكتب به ويكون القاضي المكتوب إليه هو الحاكم بها ويكون كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة.

وإن ذكر ثبوت ذلك عنده بالشهادة ففي كون الثبوت حكماً وجهان:

فإذا قلنا يكون حكما لايجوز أن يكتب به لأنه لايرى الحكم على غائب، وإذا نفذ القضاء به على ما فصَّلناه فالحق المحكوم به على أربعة اضرب: **أحدهما**: أن يكون في ذمته، **والثاني**: أن يكون في بدنه، **والثالث**: أن يكون عيناً غير منقولة في بلده، والرابع: أن يكون عيناً منقولة في بلده، فأما الأول: فيستوفى منه إن أيسر به وينظر به إن أعسر، وأما الثاني: فإن كان الحق لآدمي كالقصاص استوفاه المكتوب إليه، وقال أبو حنيفة: لا يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي ولا يستوفى لتغليطه وهذا لا يصح لأنه حق لآدمي لا شبهة فيه فجاز كتاب القاضي إلى القاضي كالأموال ونقول: كما جاز فيه الشهادة على الشهادة جاز فيه كتاب القاضي إلى القاضي. وأما حقوق الله تعالى تدرأ بالشبهات وذكر في «الأم» يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من الأموال والجراح والقول في الحدود إلى لله تعالى[1] واحد [١٢/ ٥أ] من قولين، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يقبل في الحدود قولاً واحداً وهو غلط، وأما الثالث: فالحكم على الغائب لا يكون إلا بالبينة فإن ثبت عنده عدالة شهودها حكم بثبوتها وجاز أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الملك المستحق دون قاضي البلد الذي فيه المحكوم إن كان في عينه، وإن لم تثبت عنده عدالة الشهود وهم غرباء وذكر الطالب أن له بينة بتزكيتهم يقيمها عند قاضي بلدهم فللشهود ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يكونوا من أهل البلد الذي فيه الملك وهم على العود إليه، فلا تسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها وقال للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم وبلد ملكك ليشهدوا عنده بما شهدوا به عندي، فإن كتب القضاة مختصه بما لم يمكن ثبوته بغيرها وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يحكم فيه بالمكاتبة كالشهادة على الشهادة لا يحكم بها مع القدرة على شهود الأصل. **والثانية**: أن يكون الشهود من البلد الذي فيه الملك ولا يريدون العود إليه

(١) هكذا العبارة في الأصل والصواب ما ورد في كتاب الأم: والقول في الحدود اللاتي لله.

والبينة بتعديلهم فيه فيجوز أن يكتب القاضي بشهادتهم فيصير التعديل والحكم مختصاً بالقاضي المكتوب إليه، ويكون كتاب القاضي مقصوراً على نقل الشهادة ولا وجه لكاتبه الثاني إلى الأول بالتعديل ليقول الأول الحكم لأن الثاني قادر على تنفيذ الحكم فلم يحتج إلى الأول [١٢/ ٥ب] والثالثة أن يكون الشهود في غير البلد الذي فيه الملك فيجوز للقاضي بعد سماع شهادتهم أن يكتب إلى قاضي بلدهم ويسأله عن عدالتهم فإن عرفها كتب بها إلى القاضي الأول ليتولى الأول الحكم بشهادتهم ويكون الثاني حاكماً بعدالتهم ولا يجوز أن يقبل كتاب الثاني إلا بشهادة لأن كتاب الأول استخبار، وكتاب الثاني حكم.

وأما الرابع: فإذا أحضر الطالب البينة بعبد ادعاه في يد المطلوب بغصب وحلّاه الشهود بحليته ونعتوه باسمه وجنسه وصفته ففي الحكم بشهادتهم على ما ينقل من الأعيان الغائبة قولان: **أحدهما**: وهو المنصوص، وحكاه الشافعي عن أبي حنيفة ومحمد واختاره المزني لا يجوز حتى يشير الشهود إليها بالتعيين وهذا أصح وهو المعمول عليه لأن الصفات تتشابه والحلي تتماثل فلم يجز الحكم بها مع الاحتمال حتى يزول بالتعيين ويفارق ما لم ينقل لتعيينه بحدوده وموضعه بلا إشكال، ولأن المشهود به مجهول فلا يكفي فيه الوصف كما لا يكفي الوصف في المشهود له والقول الثاني أضافه كثير من أصحابنا إلى الشافعي رضي الله عنه وهو حكاية عن غيره يجوز لحفظ الحقوق على أهلها وقوع العلم بالصفات كما في العقود، وخرج ابن سريج وجهاً ثالثاً فقال: إن كان العبد المدعي عينه يختص بوصف يندر وجوده في غيره [١٢/ ٦أ] كشامة في موضع من جسده أو أصبع زائدة أو كان مشهوراً من عبيد السلطان لا يشركه غيره في اسمه ومنزله وصفته يجوز الحكم به وإلا فلا يجوز وأجري ذلك مجرى الأنساب فيمن غاب إذا رفعت حتى تراخت وزال الإشكال فيما حكم بالشهادة، وإن قربت حتى اشتبه الاشتراك فيما لم يحكم بالشهادة إلا مع التعيين ولهذا التخريج وجه ولكنه نادر وإطلاق القول يكون على الأعم الأغلب، فإذا قلنا بالقول الأول ففي جواز سماعها والمكاتبة بها قولان: **أحدهما**: لا تسمع لإيراد للحكم وهو لا يحكم، **والثاني**: نص عليه في كتاب الدعوى يجوز أن تسمع ويكتب به إلى قاضي البلد الذي فيه العبد المطلوب فإذا وصل الكتاب إليه لم يحكم بالعبد إلا أن يعينه الشهود. قال الشافعي: ويستفاد بهذه الشهادة وإن لم يقع الحكم بها إلا مع التعيين من وجهين: **أحدهما**: أن لا يتكلف الثاني الكشف عن عدالتهم، **والثاني**: أن لا يتكلف الشهود إعادة شهادتهم، وإنما يقتصرون على الإشارة بالتعيين فيقولون: هذا هو العبد الذي شهدنا به لفلان عند القاضي فلان. وقال صاحب «الحاوي»: وفيها فائدة ثالثة عندي وهي أن يموت العبد فيستحق بهذه الشهادة على المطلوب ذي اليد قيمته على نعته وصفته، وإذا قلنا يجوز الحكم أحضر

القاضي المكتوب إليه العبد وصاحب اليد [٦/١٢ب] وقال هذا العبد المنعوت بهذه الصفة فإن اعترف بها حكم عليه بتسليم العبد إلى طالبه، وإن أنكر أن يكون هو الموصوف المحكوم به ففيه قولان:

أحدهما: حكاه الشافعي عن ابن أبي ليلى وبه قال أبو يوسف: يختم القاضي في عنق العبد ويسلمه إلى الطالب المشهود له مضموناً عليه ويأخذ منه كفيلاً به وينفذه إلى القاضي الأول يحضر الشهود لتعيينه فإن عينوه وقال إنه العبد الذي شهدنا به للطالب حكم له به وكتب إلى القاضي الثاني باستحقاق المطالبة له وبرأه الكفيل من ضمانه.

وإن لم يشهدوا به للمطلوب بعينه ألزمه رده على من كان في يده وأخذه بنفقة عوده وبضمان نفسه إن تلف وضمن منفعته إن كان له منفعة في الزمان الذي فوتها عليه.

ولو كان بدل العبد أمة قال أبو يوسف: لا يسلمها إلى الطالب لأنها ذات فرج وربما كانت أم ولد لصاحب اليد وسوى أن أبي ليلى بين العبد والأمة في التسليم ولكنه أوجب في تسليم الأمة أن تضم إلى أمين ثقة تحفظ به حذراً من التعرض لإصابتها.

قال الشافعي: رضي الله عنه وهذا استحسان وليس بقياس فأخذ بهذا القول من أصحابنا الإصطخري مذهباً لنفسه ولا يصح تخريجه على مذهب لأنه متروك الاستحسان بالقياس وقد جعله استحساناً وقد اختار القفال [٧/١٢أ] ما قال أبو يوسف.

والقول الثاني: حكاه الشافعي رضي الله عنه عن بعض الحكام أن ينادي القاضي على العبد فيمن يزيد فإن انتهى ثمنه قال لمدعيه: ادفع ثمنه يكون موضوعاً على يد عدل وخذ العبد معك فإذا عينه شهودك حكم به القاضي لك وكتب برد الثمن عليك، وإن لم يعينوه لك لزمك رده واسترجاع الثمن وهذا القول إن أجاب إليه الطالب جاز العمل عليه، وإن لم يجب إليه لم يجبر عليه.

قال صاحب «الحاوي»: والأصح عندي من هذا كله أن يقبل القاضي الثاني الكتاب ويحكم بوجوب ما تضمنه من العبد الموصوف فيه، ويخير صاحب اليد في العبد بين أحد ثلاثة أحوال: من أن يسلمه بالصفة المشهود بها إلى طالبه فيبرم الحكم بها، ومن أن يمضي بالعبد مع طالبه على احتياط من هرب إلى القاضي الأول فإن عينه الشهود سلمه إلى الطالب بحكم وإلا خلى سبيل العبد مع صاحب اليد، ومن أن يعدل بالطلب إلى دفع قيمة العبد الموصوف دون العبد في يده فأي هذه الثلاثة فعل صاحب اليد فقد خرج به من حق الطالب، وإن امتنع من كلها وقد ثبت استحقاق العبد الموصوف فلا يجوز أن يسقط شهادة العدول وأخذه القاضي جبراً فدفع قيمة العبد الموصوف لأنه قد صار بالاشتباه غير مقدور

عليه فجرى مجرى العبد المغصوب إذا أبق لزمه دفع قيمته، ولا يلزمه تسليم العبد لما ذكرنا من الاشتباه [١٢/٧ب] ولا يجبر عل السفر بالعبد إلى القاضي الأول لأنه لا إجبار عليه في السفر بماله، ولا على المحاكمة إلى قاضي بلده والله أعلم بصوابه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان في المنقول: هل يقبل كتاب القاضي إلى القاضي؟ فيه ثلاثة أقوال **أحدهما**: لا يقبل، **والثاني**: ينتزع من يده ويختم في عنقه إن كان عبداً وفي الجارية: وجهان هل ينفذها إلى الكاتب أم لا؟ **والثالث**: منتزع من يده ويدفع إليه قيمته على ما ذكرنا، وقد الشافعي القول الثالث ومال إلى الثالث وفي هذا نظر والاعتماد على ما سبق.

وأما القسم الرابع: أن يحكم لحاضر على غائب بحق حاضرٍ فهذا يكون في الأعيان المستحقة بالشهادة فلا يقف الحكم فيها على مكاتبة قاضٍ آخر وينفرد بالحكم فيها بعد سماع البينة إن كان ممن يرى القضاء على الغائب وسواء كانت العين منقولة أو لا.

فإن سأله المحكوم له أن يكتب له كتاباً باستحقاق الملك الحاضر إلى قاضي البلد الذي فيه المحكوم عليه، فإن كانت العين المحكوم بها منقولة لم نكتب بها لانبرام الحكم بها وانقطاع العلائق فيها، وإن كانت غير منقولة كالعقار أجابه إليه وكتب له به، وإن كان الحكم قد انبرم لأنه قد يجوز أن يستحق على ذلك أجراً يطلب بها المحكوم عليه.

ويتفرع على هذا أن رجلاً لو حضر قاضي بلد وذكر له أنني اتبعت في خلطة فلان الغائب سهماً من دارٍ في بلدك وعفا عن شفعته [١٢/٨أ] ولي بينة قد أحضرتها فيشهد عليه بالعفو فاسمعها واكتب على قاضي البلد الذي فيه الشفيع فلست آمن إن خرجت إليه أن يطالبني بالشفعة ويجحد العفو لم يسمع القاضي بينته ولم يكتب له بشيء لأن سماعها بعفو الغائب يكون بعد دعوى الغائب فلم يجز أن يسمع عليه بينة فيما لم يدعه.

وهكذا لو قال الحاضر لفلان الغائب عليَّ ألف درهم وقد دفعتها إليه، وقد أبرأني منها وهذه بينتي فاسمعها فإني لا آمن إن خرجت إليه أن يجحد القبض والإبراء ويطالبني واكتب إلى قاضي بلده لم يسمعها ولم يكتب لأن الغائب لم يطالب فلم تسمع البينة على غير مطالب، وهكذا لوقال الحاضر: إن فلاناً الغائب باعني هذه الدابة أو وهبها لي وهذه بينتي ولست آمن أن يجحد بي فاسمعها لي لم يسمعها لأن سماعها يكون بعد جواب الغائب إن أنكر، وكذلك لو أن امرأة ادعت أن زوجها طلقها وهو غائب أوحاضر وهؤلاء شهودي عليه بالطلاق الثلاث ولست آمن أن يتعرض فاسمع بينتي لاتسمع لأنه لم يتعرض لها فلم تصح هذه الدعوة، فإن تعرض لها الزوج أحضره ولم يسمع البينة قبل حضوره وإنكاره، فإن كان

الزوج غائباً وأرادت الزوجة أن تخرج إلى بلده ففي سماع بينتها إذا ادعت أنه قد تعرض لها وجهان:

أحدهما: لا يسمعها، **والثاني**: يسمعها بخلاف الأملاك لما يلزم من فضل الإحتياط في الفروج، ولو أنه تذكر خروجها إلى بلده لم تسمع بينتها وجهاً واحداً [١٢/٨ب] وعلى هذا لو كانت أمة في يد رجل فأحضرها القاضي وذكر أنه اشتراها من فلان الغائب ودفع إليه ثمنها، وسأل القاضي أن يسمع بينته على ما قال لم يسمعها منه، فإن أُستحقت الأمة من يده ببينة شهدت بها لمستحقها جاز للقاضي حينئذٍ أن يسمع بينته بابتياعها من الغائب؛ لأنه مستحق للرجوع بدركها بعد الاستحقاق بخلاف ما قبل الاستحقاق.

وهكذا لو ادعت الأمة أنها حرة الأصل وأقامت بينة بحريتها فسأل صاحب اليد أن يسمع ببينته بابتياعها من الغائب سمعها لاستحقاقه الرجوع بدركها، ولو قالت الأمة: أنا حرة الأصل وعدمت البينة ولم يتقدم إقرارها بالرق قبل قولها في حريتها وأحلفت لصاحب اليد لأن حرية الأصل لا يطرأ عليها الرق، فإن سأل صاحب اليد أن يسمع بينته بابتياعها من الغائب ليرجع بدركها عليه لم يسمعها ولم يكاتب بها.

والفرق بين المسألتين أن بينتها بالحرية مسموعة على كل ذي يد ثابتة وزائلة وقولها في الحرية مقبول على غير ذي اليد الثابتة ولا يقبل على ذي اليد الثابتة ويستحق صاحب اليد إحلاف البائع أنها ليست بحرة فإن سأل القاضي أن يكتب له بما حكم به من حريتها كتب له بإحلاف البائع ولم يكتب له برجوع الدرك على البائع ويتفرع على هذا أن يشهد عند القاضي شاهد واحد بملك لرجل فذكر المشهود له [١٢/٩أ] أن له شاهد آخر في بلد آخر وسأل القاضي أن يكتب إلى قاضي ذلك البلد بما شهد به الشاهد عنده فهذا معتبر بالملك في بلد القاضي الآخر كتب إليه شهادة من شهد عنده ليتولى ذلك الحاكم تكميل البينة وتنفيذ الحكم، وإن كان الملك في بلد القاضي لم يكتب له الشهادة وأخذ كتاب ذلك القاضي إليه بما شهد به الشاهد الآخر ليتولى هذا القاضي تنفيذ الحكم بالشاهدين.

وعلى هذا لو أن رجل أو امرأة ادعى أن له ولداً آخر، أو في بلد آخر وسأل القاضي سماع البينة بنسبه وحريته أو بأنه ولد على فراشه ليكتب به إلى قاضي ذلك البلد فلهذا الطالب في طلبه ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يطلب ذلك لأن الولد قد مات فيجوز للقاضي أن يسمع بينته به ويكتب به إلى قاضي ذلك البلد ليحكم بميراث ولده.

والثانية أن يذكر القاضي أن الولد حي وأنه في يد من استرق سمع البينة بنسبه وحريته

وكتب به إلى قاضي ذلك البلد سواء ذكر اسم المسترق أو لم يذكره، ولو كان هذا في ملك لم تسمع البينة إلا بعد تسمية صاحب اليد لأن الملك ينتقل والحرية لا تنتقل، فإن كانت البينة شهدت لحرية الولد ولم تشهد بنسبه لم يسمعها ولم يكتب بها لأن الطالب إذا لم يثبت له نسب لم يثبت له حق في الطلب، ولو كانت البينة تشهد بالنسب دون الحرية فإن كان ثبوته موجباً للحرية سمعها وكتب بها، وإن لم توجب الحرية لم يسمعها [١٢/٩ب] ولم يكتب بها.

الثالثة أن لا يذكر الطالب استرقاق الولد ولا موته ولا يجوز أن يسمع البينة ولا يكتب بها لأنه لا يتعلق بها الحال حق لطالب ولا مطلوب.

وأما الفصل الثاني فيمن يكاتبه القاضي بحكمه على أربعة أقسام: مكاتبة القضاة، ومكاتبة الأمراء، ومكاتبة الشهود، ومكاتبة المحكوم عليه.

وأما قاضي البلد الذي فيه الملك المحكوم به وليس لمكاتبة غيرهما من القضاة وجه لأنه لا يتعلق على غيرهما شيء من حكمه، فإذا كتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم المطلوب فانتقل المطلوب إلى بلد آخر أوصل الطالب كتابه إلى ذلك القاضي ويتنجز به كتابه إلى قاضي البلد الذي انتقل إليه، وجاز للقاضي الثاني أن يكتب به إلى القاضي البلد فإن عاد الطالب إلى القاضي الأول وسأله أن يكتب له إلى القاضي الثالث فالأولى القاضي الأول أن يستفيد منه الكتاب الأول ويكتب له كتاباً إلى القاضي الثالث، فإن لم يستعيده وذكر في الكتاب الثاني أنه قد كان كتب له هذا بعد الحكم إلى فلان الغائب حتى لا يتوصل بالكتابين إلى أن يأخذ بحق حقين.

وإن قال الطالب خصمي في بلد كذا ولا آمن أن ينتقل منه إلى غيره وسأل كتابين لم يجز أن يكتبهما وهو بالخيار بين أن يكتب إلى قاضي البلد الذي كان فيه المطلوب ليتنجز به الطالب كتاب ذلك القاضي إن خرج المطلوب إلى غيره، وأما أن يكتب كتاباً مرسلاً إلى من وصل كتابه إليه من سائر القضاة [١٢/١٠أ].

وهكذا لو لم يعرف البلد الذي فيه المطلوب كتب كتاباً مطلقاً يعم به جميع القضاة فأي قاضٍ كان المطلوب في بلده جاز أن يقبل كتابه، وقيل: فيه وجه لا يلزمه أن يكتب على هذا الوجه ما لم يكن مستقراً في موضع، ولو كتب القاضي له كتاباً وتسلمه منه ثم ذكر أنه قد ضاع كتب له غيره على مثل نسخته لا يتغير في لفظٍ ولا معنى وذكر فيه أن الطالب قد كان تنجّز غيره بمثله وذكر أنه ضاع منه ليلاً يتم بالكتابين احتيال.

ويجوز أن يكون كتاب القاضي إلى القاضي على أحد وجهين: إما بالحكم بالحق

ليكون الثاني مستوفياً، وإما بثبوت الحق ليكون الثاني حاكماً.

وأما الثاني: فهو مكاتبة أمير البلد الذي فيه الخصم المطلوب أو الملك المحكوم به دون غيره من الأمراء ولا يكتب إليه إلا بما حكم به وأمضاه ليكون الأمير مستوفياً له ولا يكون حاكماً به، لأن الأمراء أعوان على استيفاء الحقوق وليسوا بحكام وهو معنى قول الشافعي رضي الله عنه، ويكتب الأمير إلى القاضي والقاضي إلى الأمير.

وذكر بعض أصحابنا بخراسان أنه قبول حكم من الأمير وإن لم يكن فيه شرائط القضاء وهو غلط، ويجوز أن يتولَّ الرجل القضاء والإمارة لأن النبي ﷺ بعث معاذاً أميراً وقاضياً[1]، ثم هذه المكاتبة مقصورة على أحد ثلاثة أمور:

أحدهما: أن يكتب إليه بما حكم به للطالب من ملك في بلده يُمَكِّنه [١٢/ ١٠ب] من التصرف فيه ويرفع عنه يد من سواه فهذا يجوز إذا أمن عدوان الأمير، فلو كان لبلد الملك أمير وقاضٍ كانت مكاتبة الأمير بذلك أولى من مكاتبة القاضي لأنه بالبلد أخص ما لم يعارض القاضي فيه.

والثاني: أن يكتب بما حكم به على الخصم المطلوب ليستوفيه الطالب فهذا يجوز أن يكتب به الأمير، فلو كان لبلد هذا المطلوب أمير وقاضٍ كانت مكاتبة القاضي أولى لأن القاضي بإلزام الحقوق أخص.

والثالث: أن يكتب إليه بإحضار المطلوب إليه فهذا يعتبر بولاية القاضي، فإن كان بلد الأمير داخلاً في ولايته جاز أن يكتب إليه بإحضار المطلوب ولزم الأمير إيفاده إليه، وإن كان خارجاً من ولايته لم يجز للقاضي أن يكتب إلى الأمير بإحضاره ولم يجز للأمير أن ينفذه إليه.

وأما القسم الثالث: فليس للشهود تنفيذ حكم ولا استيفاء حق وإنما هي وثائق فيما يتحملون من الحقوق ليشهدوا بها لمستحقيها عند مستوفيها فللقاضي في مكاتبته ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكاتبهم بتنفيذ الحكم فهذا منه استخلاف لهم على الحكم وهو استيناب ولاية لا يصح إلا بثلاثة شروط: أن يكونوا من أصل علمه، وأن يكونوا من أصل الاجتهاد، وأن يذكر لفظ التنفيذ ويصير هذا تقليداً خاصاً في هذا الحكم دون غيره على إجماعٍ فيه ولا

(١) تقدم تخريجه.

ينفرد به أحدهم.

والثانية: أن يكاتبهم [١٢/ ١١أ] باستيفاء الحق ليعتبر شرطان: **أحدهما**: أن يكونوا من أهل علمه، **والثاني**: أن يكونوا من أهل الاجتهاد. **والثالث**: أن يكاتبهم إشهاداً لهم على حكمه ليكونوا وثيقة للطالب يتحملون عنه إنفاذ حكمه له فيجري هذا مجرى الشهادة فيصح أن يكاتبهم به، وإن كانوا من غير أهل علمه ويصح أن يتحملوه عنه إذا أشهدهم شهود المتحملين للكتاب، ويصح أن يؤدوا ذلك إذا تعذر ثبوته لمن تحملوا ذلك عنه وهو القاضي أو شهود الكتاب كما نقوله في الشهادة على الشهادة.

وأما القسم الرابع: فالكتاب إلى المحكوم عليه إلزام له وحكم عليه، فإن كان من غير أهل عمله لم يجز أن يكتب إليه ولا يجب إذا كتب إليه أن يلتزم كتابه ولا يقبله لأنه في طاعة غيره من القضاة، وإن كان من أهل عمله جاز أن يكتب إليه ولزمه إذا وصل إليه أن يقبله لأنه ملتزم بطاعته، فإن خرج إلى الطالب من حقه وإلا لزمه المسير مع الطالب إلى القاضي إذا دعاه إليه إن كان على مسافة أقل من يوم وليلة، وإن كان على أكثر منها لم يلزمه الحضور إلا بالاستحضار.

وأما الفصل الثالث منها وهو فيما يجب فيه قبول كتبه فقد ذكرنا أنه لا يقبل كتاب القاضي في الحكم إلا بشاهدين يتحملان الكتاب عنه ويشهدان به عند القاضي المكتوب إليه وإذا كان كذلك فلتحملها الكتاب شروط ولأدائهما للكتاب شروط: فأما شروط تحمله فثلاثة: **أحدهما**: [١٢/ ١١ب] أن يعلما ما فيه وعلمهما به يكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يقرأها القاضي عليهما وإما أن يأمر من يقرأه عليهما بحضرته، وإما أن يقرأها الشاهدان عليه فإن لم يعلما ما فيه فقد ذكرنا أنه لا يجوز، فإن أراد الشاهدان في الكتاب المختوم أن يشهدا بالكتاب ولا يشهدا ما فيه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنها شهادة بكتاب معين، **والثاني**: لا يجوز لأن الشهادة به لا تفيد لأن المقصود بها ما فيه، ولا يجوز للمكاتب قبوله للحكم بما فيه إلا بشهادة غيرهما.

والشرط الثاني: أن يقول القاضي لهما: هذا كتابي إلى القاضي فلان فاشهدا عليَّ بما فيه فإن لم يقل لهما: هذا كتابي إلى فلان واقتصر بهما على عنوانه لم يجز. ولو قال لهما: هذا كتابي إلى فلان ولم يسترعهما الشهادة ولا اشهدا عليَّ بما فيه ففي صحة التحمل والأداء بهذا القول وحده وجهان: مخرجان من الوجهين في جواز الشهادة على المقر بالسماع من غير استدعاء المقر للشهود، فإن قلنا بجوازه جوز هذا في التحمل والأداء، وإن قلنا: لا يجوز هناك لا يجوز هنا.

والشرط الثالث: أن لا يغيب الكتاب عنهما بعد تحمل ما فيه إلا أن يكونا قد كتبا فيه شهادتهما ليتذكرا به صحة الكتاب ومعرفته، فإن غاب الكتاب عنهما قبل إثبات خطهما فيه لم يصح إلا أن يعيد القاضي قوله عليهما ويقول لهما: هذا هو كتابي الذي أشهدتكما عليَّ ما فيه إلى القاضي فلان [١٢/ ١٢أ]؛ لأنه قد يحتمل أن يبدل في الغيبة بغيره.

وأما شرط أدائه إلى القاضي المكتوب إليه فثلاثة شروط: **أحدهما**: أن يستدعيما الثقة بصحة الكتاب إما بأن لا يخرج عن أدائها، وإما بأن يكونا قد أثبتا فيه خطوطهما حتى يتحقق علامتهما فيه فإن تشككا فيه لم يصح أداؤها فيه، **والثاني**: أن يصل إلى القاضي بمشهدهما إما من أيديهما أو من يد الطالب بحضرتهما فإن لم يشاهدا وصوله لم يصح الأداء، **والثالث**: أن يشهدا بما فيه لم يصح الأداء للحكم.

وأما الفصل الرابع: وهو فيما يضمنه القاضي المكتوب إليه من حكمه فكتابه على ضربين: **أحدهما**: أن يكون مقصوراً على فصل ما ثبت عنده من إقرار أو شهادة فيثبت بالكتاب عند الثاني ما ثبت عند الأول من إقرار أو شهادة، ويتولى الثاني إنفاذ الحكم فيه باجتهاده فإن اختلف اجتهادهما فيه كان محمولاً على اجتهاد الأول لاختصاص الثاني بتنفيذ الحكم فيه، **والثاني**: أن يكون الكتاب مشتملاً على ذكر الشهادة وإمضاء الحكم بها فلا يخلو حال حكمه عنده من ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يكون عنده جائزاً، فعليه إمضاؤه، **والثاني**: أن يكون عنده باطلاً لامتناع الاجتهاد فيه فعليه أن ينقضه وهل يتوقف على المطالبة بالنقض قد ذكرنا. **والثالث**: أن يكون حكمه محتملاً للاجتهاد فيؤدي إلى اجتهاده فيه [١٢/ ١٢ب] إلي غير ما حكم به الكاتب فليس له أن يمضيه لاعتقاده أنه باطل، وليس له أن ينقضه لاحتماله في الاجتهاد وليس له أن يأخذ المطلوب بأدائه لأنه غير مستحق عنده وليس له أن يمنع الطالب منه لنفوذ الحكم به وقال للمطلوب: لا أوجبه عليك ولا أسقطه عنك، وقال للطالب: لا أوجبه لك ولا أمنعك منه، فإن تراضيتما أمضيته على مراضاتكما، وإن تنازعتما تركتكما على منازعتكما وقطعت التنافر بينكما، وتخرج في هذه القضية أن يكون فيها حاكماً أو مستفتياً.

ثم اعلم أن الأحوط في كتب القضاة أن تكون في نسختين: **أحدهما**: مع الطالب مختومة والأخرى مع الشاهدين مفضوضة يتدارسانها ليحفظا ما فيها حتى إن ضاعت إحدى النسختين أو كلاهما أمكن الشاهدين إذا حفظا ما في الكتاب أن يشهدا بما فيه فإن اقتصر على نسخة واحدة جاز.

وفيه حالتان: إحداهما: أن يدفع الكتاب إلى الشاهدين من دون الطالب فيجوز وهو

مخير بين ختمه وتركه والأولى أن لا يختمه ليتدارساه ويحفظا ما فيه حتى يشهدا به لفظاً إن ضاع منهما. **والثانية**: أن يدفع إلى الطالب فعلى القاضي من الاحتياط فيه أن يختمه بخاتمه، وعلى الشاهدين من الاحتياط بالشهادة به أن يوقعا فيه خطهما ليكون ذلك علامة لهما في نفي الارتياب عنهما ويكون ختمهما [١٢/ ١٣أ] في داخل الكتاب وختم القاضي على ظهره معطوفاً فإن اقتصر الشاهدان على الخط جاز، وإن تركا زيادة الاحتياط فإذا وصل الكتاب بالشاهدين إلى القاضي يقول الطالب للقاضي: أنا أستعديك على فلان في حق لي عليه أو في يده وقد منعني عنه، ويجوز أن يذكر الكتاب[١] ولا حضور الشهود ولا يصف الحق لأنه مجلس استعداء لا دعوى، فإذا حضر جدد الطالب الدعوى ووصفها وسأل القاضي الخصم فإن اعترف لم يحتج الطالب إلى إيصال الكتاب وحكم له بإقراره، وإن أنكر عرفه الطالب أن حقه عليه قد ثبت عند القاضي فلان وهذا كتابه إليك بثبوته عنده وكان الطالب هو المباشر لتسليم الكتاب من يده إلي القاضي ويذكر له حضور شهوده، فإذا وقف القاضي على عنوانه وختمه سأل الشاهدين عنه قبل فضه سؤال الاستخبار لا سؤال شهادة، فإذا أخبراه أنه كتاب القاضي إليه فضه وقرأه والأولى أن يفضه ويقرأه بمحضر المطلوب فإن قرأه بغير محضر منه جاز خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يجوز أن يفضه ويقرأه قبل حضوره بناءً على أنه لا يقضى على الغائب عنده، وهذا لا يصح لأنه لا يتعلق بالقراءة حكم ولا إلزام، فإذا أقرأه القاضي سأل الشاهدين عما فيه سؤال استشهاد لأن بهذه الشهادة يجب الحكم بما في الكتاب [١٢/ ١٣ب] ولا يجوز أن يكون هذا إلا بعد حضور الخصم غائباً عند الاستخبار، ويجب أن يكون حاضراً عند الاستشهاد، فلو اقتصر القاضي على الاستشهاد دون الاستخبار جاز، ولو اقتصر على الاستخبار دون الاستشهاد لم يجز لاختصاص الحكم بالشهادة دون الخبر والأولى بالقاضي أن يجمع بينهما على ما ذكرنا ليكون الاستخبار لاستباحة قراءته والاستشهاد لوجوب الحكم به فإذا ثبتت الشهادة بصحة الكتاب وقبله بالشاهدين وقع خطه فيه بالقبول وحكم به على المطلوب.

فإن كان الكتاب بعين قائمة من أرض جاز أن يرد الكتاب إلى الطالب ليكون حجة باقية في يده فإن سأل الطالب الإشهاد على نفسه بقوله والحكم بمضمونه لزمه، وإن كان الكتاب بدين في الذمة فاستوفاه القاضي فطالبه لم يجز أن يرد الكتاب إلى الطالب لأنه قد سقط حقه به، والمقصود بالكتاب حفظ ما فيه من نسيان أو خطأ، وبالختم الاحتياط

(١) هكذا العبارة في الأصل وفيها نقص والصواب ما في «الحاوي» وهو: ويجوز أن يقتصر على هذا القول ولا يذكر الكتاب (١٦/ ٢٢٨).

والتكرمة، وقيل في تأويل قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَٰبٌ كَرِيمٌ﴾ [النمل: الآية ٢٩] أي أنه مختوم والمعمول به عليه فيه ما يشهد به شاهدان.

فإن انكسر الختم قال الشافعي رضي الله عنه:

شهدوا بعلمهم عليه لأن المعوّل على شهادتهم دون الكتاب والختم خلافاً لأبي حنيفة، وقال الحسن بن زياد: أراد أبو حنيفة إذا لم يحفظ الشهود ما فيه [١٢/ ١٤أ] وكذلك لو ضاع الكتاب فلا بأس لأن الاعتماد على حفظ الشهود دون نفس الكتاب خلافاً لأبي حنيفة.

وكيفية الشهادة.

أن يشهدوا أن فلان بن فلان القاضي كتب إليك بكذا وأشهدنا على ذلك، ولوكان الكتاب باقياً فأراد الشاهدان أن يشهدا بما فيه ولايوصلانه حرم إمساكه عليهما ولم يمنع من صحة شهادتهما لأن الكتاب أمانة مؤداة في أيديهما، فإن ألحق ما في الكتاب لم يلزمه إيصالهما لأنه ليس بكتاب، وإن ألحق بعضه لزم إيصاله إن بقي أكثره، وإن لم يبق أكثره لا يلزمه.

ولو تغيرت حال القاضي الكاتب بما يمنعه من الحكم فيكون ذلك بأحد أربعة أمور: بموتٍ أو عزل أوجنونٍ أوفسقٍ فإن كان بموتٍ أو عزلٍ فعند الشافعي رضي الله عنه حكم كتابه ثابت وقبوله واجب وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لايقبل وسقط حكم كتابه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان بسماع البينة خرج بموته عن أن يكون بينة وهو غلط، وقال أبو يوسف: إن مات قبل خروج الكتاب من يده سقط حكمه، وإن مات بعد خروج الكتاب من يده يقبل ويعمل عليه.

ووجه الاختلاف أن أبا حنيفة أجرى عليه حكم الفرع اعتباراً بمن شهد عنده، والشافعي رضي الله عنه أجرى عليه حكم الأصل اعتباراً بمن أشهد على نفسه واعتباره بالأصل أولى [١٢/ ١٤ب] من اعتباره بالفرع، لأنه لما كان فرعاً لأصل وأصلاً لفرع كان اعتبار حكم الجاني[١] أولى من اعتبار حكم قد زال لأن المعوّل في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان.

موت الحاكم بمنزلة موت شاهدي الأصل أو شهدا على شهادتهما ثم ماتا، فإن الشهادة لا تبطل.

(١) هكذا العبارة في الأصل والصواب ما في «الحاوي» (١٦/ ٢٣٢): حكم الحال.

وإن تغيرت بفسق أو جنون، فإن كان الكتاب بحكم أمضاه يقبل، وإن كان بشهادة ثبتت عنده فإن تغيرت حاله بعد قبول كتابه ثبت حكمه، وإن تغيرت قبل قبوله سقط حكمه كالشهادة على الشهادة إذا فسق فيه شهود الأصل بعد قبول شهادة الفرع صحت، ولو فسقوا قبل قبول شهادة الفرع سقطت الشهادة.

ولو تغيرت حال القاضي المكاتب سقط أن يكون قابلاً أو حاكماً به، وهل يجوز لمن تقلده بعده أن يقوم مقام الأول في قبوله؟ فيه وجهان: **أحدهما**: وهو مذهب البصريين وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه، وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره، **والثاني**: يجوز وهو مذهب البغداديين لأن المعمول من الكتاب ما يؤديه شهوده فمن حكم الأول بمضمونه فكان ثبوت الشهادة عند القاضي كثبوتها عند الأول، وحكي أن قاضياً [١٢/ ١٥أ] بالكوفة كتب إلى إياس بن معاوية وهو قاضي البصرة كتاباً بحكم فوصل بعد عزل إياس بن معاوية وولي الحسن البصري فقبله الحسن وحكم به.

ولو كان أحد القاضيين من قبل الأخر فتغيرت حال المولي بموتٍ أو عزل لم يعزل المولى وليس له أن يقبل كتابه، ولو كان القاضي والياً من قبل الخليفة فمات الخليفة لم ينعزل به القاضي وجاز له قبول كتابه.

والفرق أن الخليفة يستنيب القاضي في حق المسلمين لا في حق نفسه فلم ينعزل بموته بخلاف القاضي مع خليفته فعلى هذا الفرق يجوز للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب.

قال صاحب «الحاوي»: وهذا قول الجمهور ولأن موت الخليفة لو عزل القضاة أدى إلى وقوف الأحكام في جميع الدنيا وفي ذلك ضرر عظيم وليس كذلك موت القاضي فإنه لا يؤدي إلى ذلك وهذا اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»، وقال القاضي الطبري: لا يختلف أصحابنا في الخليفة أنه إذا مات أو خلع لا يعزل القضاة، ورأيت لما خلع الطائع لله يحكم القضاة الأربعة ببغداد على عادتهم قبل أن يبايع الغادر بالله، قال: وكذلك القاضي يُستحلف للمسلمين فيجب أن لا ينعزل خليفته بموته وعزله أيضاً، ولهذا يشترط أن يكون من يوليه عدلاً مرضياً فلو كان بمنزلة النائب والوكيل جاز أن يجعله إلى من يختاره من فاسق وغيره وهذا اختيار [١٢/ ١٥ب] القفال.

قال: وعزل القاضي لا يوجب عزل القوام الذين ولاهم أمور الأيتام والأوقاف، ويوجب عزل رجل كتب إليه في تزويج امرأة بعينها ونحو ذلك من الأمور الخاصة، وذكر ابن أبي أحمد في أدب القضاة: أنه لا خلاف بين الفريقين في أن موت الإمام لا يوجب

عزل قضاته.

وقال بعض أصحابنا ينعزل القضاة أيضاً بموت الخليفة، وهذا اختيار والدي رحمه الله لأن تصرفهم بإذن مطلق فهم كالوجل، والفرق بين هذا وبين الإمامة إذا صحت بمبايعة واحد أو جماعة لا تبطل بموتهم، أن العاقد لا يملك عزل الإمام فلا ينعزل بموته، والقاضي يملك عزل خليفته فانعزل بموته.

وقال في «الشامل»: لو عزله الإمام من غير موجب لم ينعزل ويحق على قول من قال خليفة القاضي لا ينعزل بموته، إنه ليس له عزله مع سلامة حاله أيضاً. .

فرع[1]

لو وصل الكتاب إلى المكاتب وهو في غير موضع عمله لم يكن له أن يقبله، ولو أن قاضيين اجتمعا في غير موضع عملهما لم يكن لأحدهما: أن يؤدي إلى الآخر ما يحكم به، ولا أن يقبل منه ما حكم به، ولو اجتمعا في بلد **أحدهما**: مثل قاضي البصرة والكوفة إذا اجتمعا في البصرة لم يجز لقاضي البصرة بما أداه إليه قاضي الكوفة، ولو أداه قاضي البصرة إلى قاضي الكوفة [١٢/١٦أ] فأداؤه مقبول؛ لأنه يؤديه في عمله ويصير قاضي الكوفة بسماعه منه عالماً به وليس بحاكم فيه لأنه في غير عمله، فإذا صار إلى عمله ففي جواز حكمه به قولان كالقاضي في جواز حكمه بعمله. .

فرع آخر

لو لم يكتب الحاكم الأول شيئاً بل أشهد شاهدين على حكم وأذن لهما في أداء الشهادة عنده أو عند أي حاكم من حكام المسلمين جاز، ولو ترك القاضي الكاتب اسم نفسه في الكتاب أو اسم القاضي المكتوب إليه لم يضر لما ذكرنا أن الحكم يتعلق بما يؤديه الشهود من مضمونه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز أن يقبل الكتاب إلا أن يكون معنوناً في داخله، فإن لم يكن فيه عنوان على ظاهره لم يجز أن يقبله، وقال أيضاً: لا يقبل معنْوناً بالاسم وحده إذا كتبه حتى يجمع بين اسمه واسم أبيه، وحده لكل واحد من الكاتب والمكاتب فإن اقتصر على اسمه واسم أبيه لم يجز إلا أن يكون اسم الأب مشهوراً لا يشركه غيره أو تكون الكنية مشهورة لا يشركه غيره فيها. .

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٣٣).

فرع آخر

اعلم أن عنوان الكتاب في داخله عرف قديم، وعلى ظاهره عرف مستحدث، والعرف المعمول به أولى من العرف المتروك، وليس يجمع بينهما في عصرنا إلا في كتب الخلفاء خاصة.

واعلم أن العرف في عصرنا مستعمل باستيفاء النسب في العنوان من الأدنى إلى الأعلى وبالاختصار فيه من الأعلى إلى الأدنى.

فأما ما يبدأ به [١٢/١٦ب] في العنوان من اسم الكاتب والمكاتب فقد جاءت الأخبار باستعمال الأمرين في عصر الصحابة، فروي أن العلاء بن الحضرمي كان يبدأ باسمه في مكاتبة النبي ﷺ فيكتب من العلاء بن الحضرمي إلى محمد رسول الله وكان خالد بن الوليد يكتب لمحمد رسول الله من خالد بن الوليد ويكتب إليه ﷺ من محمد رسول الله إلى خالد بن الوليد فمن بدأ باسمه فهو على الأصل لأنه من الكاتب إلى المكاتب ومن قدم اسم المكاتب فلتعظيمه، وعرف الناس في عصرنا في كتب الملوك فمن دونهم أن يقدم في كتبهم اسم المكاتِب على اسم المكاتَب إلا الخلفاء خاصة فإنهم يقدمون في كتبهم أسماءَهم على أسماء المكاتب فأي الأمرين عمل عليه في كتب القضاة ففيه سلف متبوع وقد صار تقديم اسم الكاتب في عصرنا مستنكراً فكان العمل بما لم يتناكر أولى وإن جاز خلافه.

فرع آخر

قال بعض الفقهاء: في كتب الخلفاء والأمراء إلى القضاة تقبل من غير شهادة في التحمّل والأداء للعرف المستمر وصيانة السلطان على مكلف ما يباشر غيره وهذا فاسد لأنه لما لم تنفذ كتب القضاة في الأحكام إلا بالشهادة مع ظهورهم كان كتب الخلفاء والأمراء مع احتجابهم أولى [١٢/١٧أ] ولأن القضاة فرع الخلفاء وحكم الأصول إن لم يكن أقوى لم يكن أضعف، فأما كتبهم في الأوامر والنواهي دون الأحكام والحقوق فمقبولة على ما جرت به العادة في أمثالها مختومة مع الرسل الثقات لأنها تكثر ولأن التزوير فيها يظهر والهيئة فيها تمنع التزوير، والاستدراك فيها ممكن بخلاف كتب الحكم.

فرع آخر[١]

قال أبو حنيفة: لا يقبل كتاب قاضي الرستاق والقرية قبل قبول الكتب موقوف على

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٤).

قضاة الأمصار لأنهم أحفظ لنظام الأحكام وهذا لا يصح لأن لقبول كتب القضاة شروطاً إن وجدت تقبل وإلا فلا تقبل فلا فرق بين القضاة في ذلك.

فرع آخر[١]

لو كتب قاضي أهل البغي فإن كان من الخطابية لا يقبل، وإن كان ممن تقبل شهادته فيه قولان: **أحدهما**: نص عليه في كتاب أهل البغي يقبل لأن أحكامهم ممضاة، وقال في «القديم»: ليس القاضي أهل المعدل أن يقبل كتابه، وقال في هذا الباب: ويقبل كل كتابِ لقاضي عدلٍ وهذا يدل على أنه لايقبل كتاب من ليس من أهل العدل وإنما يقبل كتابه وإن لم ننقض أحكامه لأن الحكم لاينتقض إلا بعد العلم بفساده في الكتاب لا يقبل إلا بعد العلم بصحته. .

فرع آخر

لو كان الكتاب في الابتداء من آمل إلى قاضي همذان، فلما بلغ الكتاب [١٢/١٧ب] إلى الذي قال الشهود يتخلف هنا فللمدعى أن يقول لقاضي الذي أسمع شهادتهما وأعطني بذلك كتاباً إلى المكتوب إليه، وإن لم يفعل المدعي ذلك بل أشهد بشهادتهما شاهدين آخرين في قول، وأربعة في قول وجرح شهود الفرع إلى همذان يجوز لأن شهادة الفرع تقبل على شهادة الكتاب إذا كان في الكتاب أمر يثبت بشهود الفرع، وقال القاضي الطبري: ولو كان المكتوب إليه حياً كاتباً لحكم وهو قادر على عرض الكتاب عليه فحمل الكتاب إلى غيره وشهد شاهدان بأن هذا كتاب فلان عمل به أيضاً في قياس المذهب.

فرع آخر[٢]

قال في «الأم» إذا كان فيه قاضيان كبغداد فكتب **أحدهما**: إلى الآخر بما ثبت عنده من البينة لم ينبغِ له أن يقبلها حتى يعاد عليه وإنما يقبل البينة في البلدة الثانية التي لا يكلف أهلها إثباته والأصل فيه ما ذكرنا أن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة ولا يجوز أن يحكم بشهادة الفرع وشاهدا الأصل في ذلك البلد يمكن سماع الشهادة منهما بخلاف كتاب الحكم فإنه لا يعتبر فيه بُعد المسافة، وكذلك لو كان في البلد قاضيان لا يتميز عمل **أحدهما**: عن عمل الآخر، فحكم **أحدهما**: باجتهاده ثم رفع على الآخر يلزمه إمضاؤه، وإن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٣).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٤).

سمع الشهادة وثبتها ولم يحكم بها ثم رفع إليه لا يحكم بها [١٢/١٨أ] حتى تعاد الشهادة عنده وهذا يدل على أنه يجوز أن يكون في البلد قاضيان ينفذ ولاية كل واحد منهما في جميع البلدان.

فرع آخر

قال أصحابنا: وليس للقاضي أن يسمع الشهادة ولا الدعوى في غير عمله، ولا أن يحكم في غير عمله، ولا أن يكتب كتاباً يشهد عليه فيه في غير عمله، ولا أن يفتح كتاباً أو يسمع الشهادة على القاضي الكاتب بما كتب، وإذا فعل ذلك لم يكن له حكم وأعاده إذا رجع إلى عمله فإن أذن الخليفة للقاضي المقيم عن غير عمله في الشهادة على نفسه فيما يكتب ومن الكتب من خلفائه وقبول كتبهم وسماع الشهادات فيما يتعلق بعمله في أي بلد هو فيه كان جائزاً..

فرع آخر

لو نادى أحد القاضيين الآخر وكل واحد منهما في موضع ولايته سمعت بينة هذا فاحكم بها والشهود ماتوا أو غابوا بعدما شهدوا عند هذا المخبر يجوز له أن يحكم بها فإن كانوا باقيين حضوراً لا.

فرع آخر

لو أخبره فقال: أقر عندي المدعى عليه إذا ثبت أنه الآن منكر فإن كان مصراً على أقواله لا يقضي بل يسأله ليقر بين يديه فيقضي الذي لايتعذر إقراره وعلى هذا إذا يقول خصمي الغائب [١٢/١٨ب] أو لا أدري جاحد أو مقر لم يسمع..

فرع آخر

يجوز للقاضي أن يسمع شهادة واحدٍ ويكتب به ليحلف مع شاهده الأول ويستحق حتى لو لم يكن إلا امرأة واحدة شهدت له كتب بذلك القدر..

فرع آخر

لو قال: لي شهود الأصل بذلك وشهود الفرع هنا على شهادتهم فأقبل مني شهود الفرع واكتب لي بذلك فإني لا آمن إذا أتيت ذلك البلد أن يكون شهود الأصل قد ماتوا لا يقبل هذا بل يقول: أديت فأقم هناك شهود الأصل فإن ماتوا قبل ذلك فأقم شهود الفرع إما هنا أو هناك..

فرع آخر

لو حكم الحاكم على الغائب بمال وكتب إلى حاكم بلد فيه المحكوم عليه فأمره الحاكم الثاني بتوفيره فوفَّر ثم طالب المدعي برد حججه التي كانت له عليه لم يلزم ردها لأنها ملكه، كما لا يلزم البائع دفع كتاب الأصل إلى المبتاع ويطالب بالإشهاد على نفسه بالقبض.

فرع آخر

هل تجب شهادة القاضي على نفسه ببدأته منه بقبض مستحقه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: وهو اختيار الأصطخري: يجب عليه ذلك لما ظهر من ثبوت الحق عنده، **والثاني**: يجب الإشهاد على القابض وحده، ولا يجب على القاضي لأن أسجال الحكام تختص بإثبات الحقوق، [١٢/ ١٩ب] دون إسقاطها.

فرع آخر

لو سأل القاضي الثاني أن يكتب له براءة لزمه، فإن سأله أن يكاتب الحاكم الكاتب فيعرّفه خروجه عن الحق فهل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان على ما ذكرنا، واختار الأصطخري أن يلزمه فإذا قلنا: لا يلزمه يفاد الخصم إلى ذلك البلد فطالبه بالحق مضى المدعى عليه إلى البلد الآخر وأخذ كتابه إلى القاضي بالقضاء.

فرع آخر

هل يجوز للقاضي أن يكاتب حاكماً فاسقاً عنده في تثبيت حق أو استيفائه فيه وجهان والأصح أن له ذلك.

فرع آخر(١)

لو لم يذكر القاضي الكاتب أسماء الشهود فسأل الخصم القاضي المكاتب أن يكاتب القاضي الكاتب يسأله عن أسماء الشهود لم يلزمه إجابته، ولم يجز أن يكتب به لأن فيه اعتراضاً على القاضي المكاتب في أحكامه وشهوده.

فرع آخر

لو سأل المحكوم له أن يذكر أسماء شهوده لم يلزمه تسميتهم، ولم يكن للقاضي أن يسأله عنهم.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤١).

فرع آخر

لو خرج الخصم إلى القاضي الكاتب وسأله عن تسمية شهوده، فإن كانوا ممن استقرت عنده عدالتهم وهو ممن لا يعاد المسألة عنهم لتقديم شهادتهم لم يلزمه تسميتهم له، وإن سماهم فأقام البينة بجرحهم عنده نقض حكمه وكتب بنقضه إلى قاضيه ليسقط عنه الحق الذي كاتبه به. [١٢/ ١٩ب] .

فرع آخر

لو أقام البينة بجرحهم عند القاضي المكاتب لم يسمعها لأنه لا يعلم أنهم شهود الحكم إلا بقول الخصم. .

فرع آخر

لو كان في الكتاب تسمية الشهود فأراد المحكوم عليه أن يقيم البينة على جرحهم قبلت إذا ذكروا سبب الجرح وعينوه بالاسم والحلية. ولو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى القاضي الكاتب وأصحح عنده جرحهم قال بعض أصحابنا بخراسان: يمهل، والصحيح أنه لا يمهل أكثر من ثلاثة أيام.

فرع آخر

لو سأل المحكوم عليه إحلاف الطالب على عدالة الشهود لا يحلف لأن تعديل الشهود إلى الحاكم لا إليه.

فرع آخر

لو سأل إحلافه على أن لأولاده بينه وبينهم ولا شركة لا يلزم إحلافه لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم.

فرع آخر

لو سأل إحلافه علىٰ أن لا عداوة بينه وبينهم فهذا مما يخفىٰ عليه فلا يلزم إحلافه.

فرع آخر

لو ادعى فسق الشهود الذين شهدوا عليه بالحق حكى الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العرافين عن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تسمع ويؤخذ بالحق لأنه لا يعلم ما حدث بعده من توبة من يعلم من جرحه، وحكي عن ابن أبي ليلى [١٢/ ٢٠أ] أنه يسمع، وإذا

قامت البينة به يبطل به الحكم ثم ذكر مذهبه فقال: ينظر فإن جرحهم بما ترد به الشهادة مع العدالة كالعداوة والولادة، والشركة فيما شهدوا به تسمع الدعوى والبينة ويبطل بها الحكم عليه، وإن جرحهم بالفسق ففيه ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يشهدوا بفسقهم في وقت شهادتهم فتسمع ويبطل بها الحكم، **والثانية**: أن يشهدوا بفسقهم بعد الحكم لا تسمع لأنه لا يؤثر، **والثالثة**: أن يشهدوا بفسق الشهود قبل سماع شهادتهم فيعتبر ما بين زمان الجرح والشهادة، فإن كان الزمان قريباً لا يتكامل صلاح الحال في مثلها سمعت ويبطل الحكم، وإن تطاول لم تسمع لأن الحال يصلح مع تطاول الزمان ويرتفع الفسق.

فرع آخر[1]

لو لم يذكر القاضي في كتابه سبب حكمه وقال: ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق فسأله المحكوم عليه عن السبب الذي حكم به عليه نظر، فإن كان حكم عليه بإقراره لم يلزمه أن يذكره له لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة، فإن كان قد حكم عليه بالشهادة ويمينه لزمه أن يذكره له لأنه يمكنه دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بالشهادة فإن كان الحكم بحق في الذمة لم يلزمه ذكرها لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها، وإن كان الحكم يمين قائمة يلزمه أن يذكرها لأنه [١٢/ ٢٠ب] لا يقدر على مقابلتها بمثلها فترجح بينته باليد.

فرع آخر[2]

لو سأل الطالب أن يحكم له بشاهد ويمين، فإن كان حنفياً لم يحكم له ولم يسمع شهادة شاهده، وإن كان شافعياً فإن كان الحكم على حاضر جاز إن علم به، وإن كان على غائب ففي جواز الحكم به فيما يكتب به إلى غيره وجهان: **أحدهما**: يجوز لأنه قول معروف ومذهب مشهور، **والثاني**: لا يجوز لأن المخالفين يرون نقض الحكم به فلم يكن له تعريض حكم للنقض، وقال صاحب «الحاوي» الأولى من إطلاق الوجهين أن يقال: يعتبر رأي القاضي الكاتب فإن كان يرى القضاء به كتب إليه، وإن كان لا يرى القضاء به لا يكتب إليه به.

فرع آخر

لو أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين أن لا يذكره في كتابه ويطلق الحكم بالبينة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤١).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٢).

أو بثبوت الحق عنده جاز لأنه يحكم باجتهاد نفسه ولا يحكم باجتهاد غيره.

مسألة: قال: وإن أنكر المكتوب عليه لم نأخذه به حتى تقوم بينة بأنه هو(١).

صورة المسألة أن يدَّعي حقاً على غائب وسأل الحاكم سماع البينة عليه فالحاكم يسمع البينة لأننا لو قلنا: لا يسمع لكان من عليه حقٌّ به بينة يهرب إلى بلد آخر حتى لا يسمع البينة عليه فيؤدي إلى ضياع الحقوق، فإن سأل الحاكم البينة، وسأله المدعي أن يحكم بالحق فإنه لا يحكم إلا بشرطين: **أحدهما**: أن يثبت عنده عدالة الشهود [١٢/ ٢١أ] ظاهراً وباطناً على ما ذكرنا، **والثاني**: أن يحلفه على أن حقه ثابت عليه فيحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه حقه عليه ما قبضه ولا شيئاً منه ولا أبرأه ولا أحال به عليه وأنه ثابت عليه إلى هذا الوقت، وإنما حلَّفناه على ذلك لأنه يمكن أن يكون حدث بعد البينة قضاء وليس لمن عليه الحق، ولو ادعى ذلك سمعت دعواه وحلف الخصم عليه، فإذا كان غائباً لا يعبر عن نفسه حلف الخصم احتياطاً وهكذا الحل لمن ادعى على من لا يعبر عن نفسه كالطفل والمجنون والميت وأقام بينة، فإنه يحلف مع البينة للمعنى الذي ذكرنا وليس هذا الاستحلاف لتقوية البينة ولكن لإمكان إن حدث بعد البينة قضاءً أو إبراءً، فإذا حلف المدعي وثبت عند الحاكم عدالة الشهود وسأله الخصم الحكم حكم به، وبه قال مالك وأحمد وابن شبرمة والليث والأوزاعي، وحكي عن أحمد في رواية أنه لا يحلف لأن النبي ﷺ جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه(٢) قلنا: الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الغائب والخبر محمول على الحاضرين، وقال شريح وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة وأصحابه لا يحكم على الغائب إلا أن يكون خصم حاضر من وكيل أو شفيع واحتجوا بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: وضع رسول الله ﷺ يده على قلبي وقال: إن الله عز وجل [١٢/ ٢١ب] سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا اختصم إليك اثنان فلا تقضي للأول حتى تسمع من الآخر فأنت لا تدري كيف تقضي؟ فقال: ما زلت بعد ذلك قاضياً، وروي فما شككت في قضاءٍ بعد(٣). ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان أم معاوية: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف(٤)، وروي: ما يكفيك وبنيك وهذا قضاء على

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٣٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري في النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه (٥٣٦٤)، والنسائي في آداب القضاة، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه (٥٤٢٠)، وابن ماجه في التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها (٢٢٩٣) وأحمد في مسنده (٢٣٥٩٧).

الغائب بعلم نفسه. وروي أن معاوية قال لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: أنشدك الله أتعلم أن رسول الله ﷺ كان إذا اختصم إليه الخصمان ضرب لهما أجلاً فوفى أحدهما: ولم يفِ الآخر، يعني: حضر أحدهما: ولم يحضر الآخر قضى عليه فقال: أما إذ أنشدتني فقد كان يفعل ذلك[١].

ولأن أبا حنيفة رحمه الله وافقنا أنه لا يسمع البينة عليه فنقول: بينة عادلة مسموعة طلب صاحبها القضاء بها فوجب أن يلزمه القضاء بها كما لو كان حاضراً، وكما لو كان له تعلق بالحاضر وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: لو ادعت أن لها زوجاً غائباً وله مال في يد رجل وهي محتاجة إلى النفقة، واعترف لها بذلك فإن القاضي يقضي لها عليه بالنفقة.

وحكي عن أبي عبيدة أنه قال: يجوز القضاء على الغائب إن تبين للحاكم أن فراره واستخفاءه للفرار من الحق والمعاندة للخصم.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن أقل ما يجزيه أن يحلفه [١٢/ ٢٢أ] أن حقه هذا الثابت عليه. وإذا حكم الحاكم ينظر فإن كان ادعى عيناً حاضرة سلمها إليه لأنه قد ثبت استحقاقه لها، وإن كان أدى حقاً في الذمة نظر فإن كان له مال من غير جنسه. . .[٢] ألحق من ثمنه، وإن لم يك له مالاً حاضراً وكان قد ادعى عيناً غائبةً فقال الخصم: اكتب لي كتاباً إلى حاكم البلد الذي هو فيه بما ثبت عندكم كتب له كتاباً صفته بسم الله الرحمن الرحيم، حضر فلان ابن فلان ويرفع في نسبه وذكر قبيلته وصناعته بما يتميز عن غيره فادعى حقاً من صفته كذا على فلان بنِ فلان وأقام شاهدين فلان وفلان فشهدا بعد ما عرفنا الشهود عليه من اسمه ونسبه وقد عرفت عدالتهما وحلفته علي الحق[٣] [١٢/ ٢٢ب]. حتى يقيم البينة بالجرح فإن سأل الانتظار أنظر ثلاثاً، وإن لم يقدم الغائب حتى وصل الكتاب إلى الحاكم استدعى الخصم وأخبره بورود الكتاب عليه، فإن قال: لا حق له علي لم يلتفت إلى قوله وحكم عليه، وإن ادعى القضاء لم يسمع إلا ببينة، وإن سأل إحلاف الطالب لم يكن له لأن القاضي الكاتب أحلفه، وإن أقر فيحكم بإقراره دون الكتاب، وإن أقر بالحق لغير هذا الطالب، فإن كان الحق عيناً قائمة بطل إقراره بها وكان الطالب المحكوم له بها أحق، وإن كان الحق في الذمة يؤخذ بإقراره لغير الطالب ويؤخذ بالكتاب للطالب، وإن أنكر الحق وأقر بأنه المسمى في الكتاب يؤخذ بالحق وكتاب القاضي أوكد من الشهادة لأنه عن شهادة اقترن

---

(١) لم أجده.
(٢) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٣) سواد في الأصل.

بها حكم وإن أنكر الحق وأنكر أيضاً أن يكون المسمى في الكتاب وهي مسألة الكتاب قال الحاكم للمدعي: إنما حكم لك على فلان ابن فلان وقد أنكر هذا أن يكون فلان ابن فلان فأقم البينة بذلك فإن لم يقمها فالقول قول المدعى عليه فيحلف أنه ليس هو فلان ابن فلان وتسقط الدعوى. وقال القفال: لو قال: لا أحلف هكذا ولكني أحلف أنه لا حق له عليَّ فإن كان ما يدعيه لا يلزمني توفيره عليه له ذلك، كما لو ادعى عليه داراً أنه باعها منه وقبض الثمن ولزمه تسليمها إليه فقال: لا أجيبك عن هذا بل أحلف أنه لا يلزمني تسليمها إليك قبل منه [١٢/ ٢٣أ] لأنه قد يبيعها منه ثم يتقايلان، وإن أقام البينة أن فلاناً ابن فلان قال له الحاكم: هل تقر بها؟ فإن أنكر وقال: لست أنا فلان ابن فلان، لم يلتفت إلى إنكاره، وإن قال: أنا فلان ابن فلان ولكن لست أنا المحكوم عليه وإنما المحكوم عليه غيري وهو مشارك لي في اسمي ونسبي قلنا لا نعلم من هو بهذا الاسم والنسب غيرك فأقم البينة أن لك مشاركاً فيه، فإن لم يقم البينة حكم عليه، وإن أقام البينة عليه نظر؛ فإن كان الذي أقام البينة به يخالفه في الصناعة أو غيرها حكم عليه، وإن كان يوافقه في جميع الأحوال لا يحكم عليه لأنه لا يعلم من الذي عليه فيتوقف عن ذلك حتى تقوم البينة أن هذا فلان الذي حكم عليه، وإن أقام البينة باسم ميت قد عاصره الميت فإن كان موته بعد الحكم منعت هذه المشاركة من تعين الحكم على الحي مأخوذ بالحق فصار كما لو شارك فيه حياً موجوداً وإن كان موته قبل الحكم ففيه وجهان: **أحدهما**: يثبت به حكم الاشتراك ويمنع من الحكم بالحق على الحي للاحتمال وأن الحق قد يثبت على الميت كثبوته على الحي، **والثاني**: لا يثبت به حكم الاشتراك لأن مطلق الأحكام متوجه في الظاهر إلى الأحياء دون الأموات وقال في «الحاوي»: إذا وصل كتاب القاضي بشروطه وجب على القاضي المكاتب ومساءلته عما تضمنه كتاب القاضي من الحكم عليه وله في الجواب عنه ستة أقوال: [١٢/ ٢٣ب] **أحدهما**: أن يقر به، **والثاني**: أن يقر به ويدعي القضاء، **والثالث**: أن يقر بالحق لغير هذا الطالب، والرابع: أن ينكر ويقر بأنه المسمى في الكتاب، والخامس: أن ينكر أنه المسمى في الكتاب، وهو على ضربين: **أحدهما**: أن ينكر الاسم المذكور ويدعي غيره من الأسماء فله ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يعرف بما ادعاه من الاسم فلا يلزمه الحكم حتى تقوم الشهادة، **والثاني**: أن يعرف بالأسماء المذكورة في الكتاب يحكم عليه ولا يقبل ما ادعاه من الاسم، **والثالث**: أن يكون مجهول الحال فلا يحكم عليه إلا ببينة، **والثاني**: أن يعترف بالاسم ويذكر أنه اسم لغيره شاركه فيه وغيره هو المحكوم عليه دونه وهو على ضربين: **أحدهما**: أن يعلم اشتراك جماعة في الاسم المذكور وأقله أن يشاركه فيه واحد فلا يحكم عليه إلا ببينة على ما ذكرنا، **والثاني**: أن لا يعلم من شاركه في الاسم والنسب فيؤخذ به،

فإن أقام بينة بأن غيره يسمى بمثل اسمه ونسبه فهو على ضربين: **أحدهما**: أن يقيمها باسم حي موجود، **والثاني**: أن يقيمها باسم ميت؛ وقد ذكرنا ذلك. والسادس: أن ينكر ويعترف بالاسم ويدعي جرح الشهود الذين شهدوا عليه وقد ذكرنا شرحه.

فرع القاضي في تسمية الشهود في كتابه مخير بين أمرين: إن شاء سماهم وهو أولى عندنا [١٢/ ٢٤أ] وأحوط للمحكوم عليه، وإن شاء لم يسمهم وهو أولى عند أهل الكوفة وأحوط للمحكوم له، فإن لم يسمهما قال: شهد عندي به رجلان حران عرفتهما بما يجوز به قبول شهادتهما، وإن سماهما قال: شهد عندي به فلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهما.

فرع آخر

لو لم يقل: وقد ثبت عندي عدالتهما فهل يكون تنفيذه للحكم بشهادتهما تعديلاً منه؟ فيه وجهان.

فرع آخر(١)

لو كان الحكم على الغائب بإقراره ذكر في كتابه أنه أقر عندي طوعاً منه في صحةٍ من جواز أمر، ولو اقتصر في كتابه على الحكم عليه بإقراره ولم يقل في صحة منه وجواز أمرٍ فهل يقوم حكمه عليه مقام ذكره له فيه وجهان كما قلنا في العدالة.

فرع آخر(٢)

لو كان الحكم عليه بنكوله ورد اليمين ذكره القاضي مشروحاً في كتابه، واعلم أنه يصير الحق ثابتاً على الغائب من أحد ثلاثة أوجه: **أحدهما**: بإقراره وهو الأقوى، والثاني برد اليمين وهو الأضعف، والثالث بالشهادة على إقراره وهو الأوسط، وإن لم يذكر القاضي ما حكم به منها في كتابه، وقال ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق فهل يجوز؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز لأن كل واحدٍ من الثلاثة يثبت به الحق، والثاني لا يجوز لاختلاف أحكامها لأنه في الإقرار لا تسمع منه الدعوى في الأعيان وتسمع منه البينة في النكول وتتعارض به البينة [١٢/ ٢٤ب] في الشهادة فيرجح وجود اليد عندنا ويرجح عدمها عند أبي حنيفة، وإذا اختلف الحكم بالحق في جانب المحكوم عليه في كل واحد من الوجوه الثلاثة لم يجز للقاضي إغفال ذكرها لما فيه من إسقاط حجة المحكوم عليه. وينبغي للقاضي أن يكتب بعد

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٣٧).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٣٧).

إنفاذ حكمه أنه قد جعل كل دعوى حق وحجة على ما كان له من حق أو حجة.

فرع آخر

لو أتى بما هو حجة وهي دفع لحجة صاحبها الحق، وكان القاضي باع شيئاً وصرفه في الحق لم يبطل ذلك البيع لأنه باع بولاية الحكم حين جاز له البيع في الظاهر.

فرع آخر

لو كان القاضي كتب بالحكم المبرم ولم يذكر الحلف جاز ولكن ينبغي للقاضي أن يذكر في الكتاب أني حلفته ثم يدعي هناك الإبراء أو الأداء فيحلفه المكتوب إليه على ذلك بمطالبته ذلك ويجب التحليف إذا أراد قضاء الدين من ماله بحضرته.

فرع آخر

حكم الممتنع المتعنت والمتواري في البلد حكم الغائب، فأما من هو حاضر في البلد ولم يمتنع ولم يتوارَ عن مجلس الحكم فهل يجوز أن يسمع عليه البينة أم لا؟ قال القفال: فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز بل يأخذ بالأقرب وهو استحضاره فربما يقر، **والثاني**: يجوز أن يسمع عليه البينة لأن في البينة من الفوائد ما ليس في الإقرار مثل بينة الوارث على المريض بلا خلاف [١٢/ ٢٥أ] وإقرار المريض للوارث لا يقبل في أحد القولين ونحوه. قال: ثم لا يبرم الحكم حتى يستحضره فيقول: سمعت عليك البينة هكذا ويمكنه من دفعها فإن لم يدفعها قضى عليه حينئذٍ وقال غيره: هل يحكم عليه بها من غير حضوره؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحكم عليه لأن الحجة هي البينة وقد والثاني وهو المذهب لا يحكم عليه بل يستدعيه ويسأله عن الدعوى لأنه يمكنه ذلك من غير ضرر بصاحب الحق وربما كان عنده قدح في البينة أو حجة يدفعها ويفارق الغائب لأن في تأخر القضاء ضرراً على صاحب الحق، ولو كان حاضراً في مجلس فيه طريقان: **أحدهما**: هل يجوز سماع البينة قبل السؤال عنه، فيه وجهان، وقيل: وجهاً واحداً لا يجوز.

فرع آخر

إذا كان للحكم إيصال الحاضر فقد ذكرنا أن أبا حنيفة رحمه الله وافقنا فيه على جواز القضاء على الغائب ولكنه يقول للحاكم أن ينصب عن الغائب وكيلاً مسخراً ليجيب عن الدعوى ويذهب عن الغائب فيسمع البينة على وجهه ويقضي، وعندنا لا فائدة في هذا الوكيل المسخر الذي لم يوكله الغائب وكذلك على مذهبه لا يسمع الدعوى على ميت أو صبي حتى

ينصب قيم لذلك الصبي أو عن ذلك الميت فتكون الدعوى وسماع البينة على وجهه وعندنا لا يجب ذلك. [١٢/ ٢٥ب].

فرع آخر

القضاء على الغائب إنما يكون في حقوق الآدميين ويجوز في القصاص وحد القذف بلا خلاف على المذهب، ولو قامت البينة على السرقة حكم بالغرم ولم يحكم بالقطع ولا يحكم عليه في الحدود التي هي حق الله تعالى لأنه مأمور بالاحتياط في إسقاطه ولا ضرر على الغير في تأخير حكمه إلى وقت حضوره هكذا ذكر أهل العراق وقالوا: لا يختلف فيه أصحابنا، وقال القفال: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا وهو المذهب، والثاني يقضي عليه بها ويكتب إلى قاضي البلد الذي فيه المدعي حتى يجده.

باب القسام[١]

مسألة: قال: وينبغي أن يعطى أجر القسام من بيت المال لأنهم حكام الفصل.

الأصل في الحكم بالقسمة الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ [النساء: الآية ٨]. وقوله تعالى ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ۝٢٨﴾ [القمر: الآية ٢٨] . وأما السنة فقوله ﷺ: «إن الله تعالى لم يرضَ في قسمة الصدقات بملك مقرب ولا بنبي مرسل حتى تولى قسمها بنفسه»[٢] وقسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء، وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهماً[٣] [١٢/ ٢٦أ] وروي أنه اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في مواريث فقال: اذهبا فاقتسما واستهما وتحللا[٤]، وروي أن النبي ﷺ قال: الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[٥]. وأما الإجماع فلا خلاف بن المسلمين في جوازها ووجوبها وكان للخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسام وكان قسام علي رضي الله عنه عبد الله بن يحيىٰ يعطيه رزقه من بيت المال[٦].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٥).

(٢) أخرجه أبو داود برقم (١٦٣٠).

(٣) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب ما جاء في حكم أرض خيبر (٣٠١٥)، وأحمد في «مسنده» (١٥٠٤٤).

(٤) أخرج نحوه أحمد في «مسنده» (٢٦١٧٧).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظره في الحاوي الكبير (١٦/٢٤٥).

وقول الشافعي رضي الله عنه القسام حكام أراد به أن القاسم بمنزلة الحاكم لأن الحاكم يجتهد ويعمل على ما يؤدي إليه اجتهاده فيحكم به ويلزم ذلك، والقاسم بهذه الصفة أيضاً لأنه إذا عدل السهام وأقرع لزم ذلك لقوله. ويخالفون الحكام من وجهين: **أحدهما**: أن حكمه مختص بالتحري في تمييز الحقوق وإفرازها، وحكم الحاكم مختص بالإجتهاد، والثاني أن استعداء الخصوم إلى الحكام دون القسام. واعلم أن القاسمين أعوان الحكام فيلزم الحاكم أن يختار لنظره من القاسمين من تكاملت فيه شروط القسمة على ما تقدم بيانه وقد ذكرنا أنه لا بد من أن يكون عدلاً عارفاً بالحساب والمساحة والفرائض وغيرها من الفقه أو يكون إذا عرفه القاضي وفهمه كيف الحكم فيه عرفه ليمكنه من القسمة [١٢/٢٦ب] على حسب ذلك غير أنه إن كان فقيهاً جاز أن يوليه الأمر ليتمه باجتهاده، وإن لم يكن فالقاضي يخبره بأني حكمت بأن الدار والأرض بين هذين على كذا سهما فاقسم بينهما بكذا ثم يكون وكيلاً للقاضي في ذلك لا متولياً للأمر بولاية نفسه، ثم إنما ينصب قاسماً ويعينه الأمير إذا اكتفى الناس بقاسم واحد وإلا فلا يعين بل يدع الناس يطلبون القسام لأنفسهم، وكذا أمر الكاتب لأنه إذا عين واحداً أمره بأخذ أجرته من صاحب القسمة غالاه في ذلك ويضر ذلك بالناس، وإنما جاز للقاسم طلب الأجرة ممن أجل له وكذلك الكاتب، ولم يجز ذلك للقاضي والمزكي والمفتي لأنهم يعملون الشرع وينوبون عن كافة المسلمين فإن الحكم والفتوى من فرائض الكفايات وكذلك الشهادة والتزكية.

والقسمة والكتبة لا تفرض على الأعيان ولا على الكفاية أو نقول في ذلك حق الله تعالى بخلاف القسمة، ولأن للقاسم عملاً يباشره، والقاضي يقضي على الأوامر والنواهي التي لا يصح الاعتياض، وإنما يأخذ القاضي الرزق من بيت المال لانقطاعه إلى الحكم لا أنه يأخذه أجرة عن الحكم كما نقول في رزق الإمام والمؤذن والمفتي والمزكي.

وأما الشاهد قال أصحابنا: إن كانت الشهادة تعينت عليه وهو مكفي لم يجز له أخذ الجعل عليها، وإن لم يكن له كفاية وكان ينقطع بأدائها عن كسبه جاز له أخذ الجعل على القضاء ولا فرق بينهما [١٢/٢٧أ] ذكره القاضي الطبري.

وقال ابن أبي أحمد: لا يجوز أن يدفع شيئاً من بيت المال إلى الشاهد لأن أداء الشهادة فرض عليه، ولئن أخذ على الشهادة يوقع تهمة فيها وهو قول بعض أصحابنا بخراسان، ولو كثرت القسمة واتصلت فرضت أرزاقهم مشاهرة من بيت المال من سهم المصالح، وإن قلت القسمة أعطوا منه أجرة كل قسمة وهذا لأن القاضي لا يستغني كما لا يستغني عن الكاتب فإن عدل المقسّمون عنهم إلى قسمة من تراضوا به من غيرهم جاز ولم يعترض عليهم، وجاز أن يكون من ارتضوه عبداً أو فاسقاً وكانت أجرته في مالهم.

ثم اعلم أن الكلام في فصلين: **أحدهما**: في عدد القسام، والثاني في حكم الأجرة، فأما العدد فإن تراضوا فالعدد على ما اتفقوا من واحد واثنين ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم لأنه ليس بنائب عنه ولا يسمع شهادته لأنه على فعله، وإن أمر الحاكم بالقسمة ففي القسمة تعديل وحكم، والتعديل معتبر باثنين كالتقويم فإن كان فيها تعديل وتقويم لم يجز فيها أقل من قاسمين، وإن لم يكن فيها تعديل ولا تقويم قال الشافعي رضي الله عنه في موضع أمر الحاكم الشركاء أن يجتمعوا على قاسمين، وقال في موضع آخر: القاسم حاكم فاختلف أصحابنا فيه فقال أكثرهم فيه قولان:

أحدهما: يجزىء واحد كما يجوز كيال واحد، **والثاني**: لا بد من اثنين [١٢/٢٧ب] كما في التقويم وجزاء الصيد لا بد من مجتهدين ولا يمتنع أن يكون كالحاكم ويجمع من اثنين كما قال تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء: الآية ٣٥] ومن أصحابنا من قال: هما على اختلاف حالين فإن كان في الشركاء طفل أو غائب فلا بد من اثنين، وإن كانوا حضوراً يجيبون عن أنفسهم جاز واحد ويقبل الحاكم هنا قول القاسم للالتباس كما يقبل قول خلفائه، فإن جازت بقاسم واحد قبل قول الواحد، وإن لم يجز إلا قاسمين قبل قول الاثنين ولا يفتقر القاسم إلى لفظ الشهادة.

وقال بعض أصحابنا فيه وجهان وليس بشيء.

وأما أجرتهم ففيها أربعة أحوال: **أحدهما**: أن يتفقوا على أجرة معلومة فيتقدر بها، **والثانية**: أن يتطوعوا فلا أجرة لهم، **والثالثة**: أن يتفقوا على أجرة مجهولة يلزم أجرة المثل، والرابعة: أن لا يجزي إلا أجرة ذلك ولم يكن من الأرباب بدل ولا من القاسم طلب فإن كان الحاكم أمر بها بحسب أجرة المثل، وإن كانوا دعوا إليها فيه ثلاثة أوجه: **أحدهما**: وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه لا أجرة، **والثاني**: وهو ظاهر مذهب المزني له الأجرة، **والثالث**: وهو إن جرت عادته بأخذ الأجرة فله الأجرة، وإن لم تجر عادته فلا أجرة، ولو استأجروه على التفاوت وعرف نصيب كل واحد منهم جاز [١٢/٢٨أ] وله أن يشترط على صاحب القليل جعلاً كثيراً ويرضي من صاحب الكثير بجعل قليل لأنها عقود، وإن ذكر جملة الأجرة في عقد واحد فإن قال: آخذ من صاحب النصف خمسة، ومن صاحب الثلث عشرة، ومن صاحب السدس خمسة عشر.

ولو استأجروه بأجرة واحدة أو استأجروه بأجرة مجهولة فقد المسمى لزمهم أجرة المثل يلزمهم ذلك على قدر الأنصباء لا على عدد الرؤوس، وقال بعض أصحابنا: هو قول مخرج للشافعي رضي الله عنه تخريجاً من الشفعة فإنها بعدد الرؤوس في أحد القولين، واحتج بأن

عمله في نصيب كل واحد منهم كعمله في نصيب الآخر تساوت الأنصباء أو اختلفت قلنا: ليس كذلك لأن عمله في أكثر النصيبين أكثر لأنه لو كان المقسوم مكيلاً أو موزوناً فكيل الكثير أكثر من كيل القليل، وكذلك الوزن. ثم يبطل بأجرة الحافظ فإن حفظ القليل والكثير سواء وتختلف الأجرة باختلاف القدر، وقال أو يوسف ومحمد: القياس يقتضي أن يكون على عدد الرؤوس ولكنا أوجبناها على قدر الأنصباء استحسانا.

وأما قول الشافعي رضي الله عنه فاستأجرهم بما شاء أراد لا ينبغي للقاضي أن يضرب للقسام راتباً معلوماً ولكن [١٢/ ٢٨ب] يستأجر الخصم بما شاء ورضي به القاسم، والشافعي قال بما شاء ولم يقل بما شاءا جميعاً لعلمه أن القاسم يستكمل حقه وربما يستكره المقتسم على ما فوق حقه..

فرع[1]

لو كان القاسم اثنين فلهما في الأجرة ثلاثة أقوال: **أحدهما**: أن يستحقا أجرة المثل فلكل واحد ذلك، **والثاني**: أن يسمي لهما أجرة فليس على المقتسمين غيرها، وفي اقتسامهما لها وجهان: **أحدهما**: أنها بينهما نصفين اعتباراً بالعدد، **والثاني**: أنها على قدر أجر مثلهما اعتباراً بالعمل.

فرع آخر

لو أفرد العقد مع واحدٍ ولا يقال: أجرت نفسي منك لأفرز نصيبك وهو النصف من هذه الدار على كذا فإنما يصح إذا رضي الآخر بالقسمة أو كانت بحيث لا تحتاج إلى رضاهم فأما حيث تحتاج إلى الرضى ولم يرضوا بعد فعقده فاسد في نصيب هذا.

فرع آخر

إذا طلب أحد الشريكين القسمة والشيء مما يجاب فيه إلى القسمة دون رضي الآخر فالأجرة تلزمهما جميعاً ولا يختص بالتزامها هذا الذي يطلب القسمة وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد، وقال أبو حنيفة: الأجرة على طلب القسمة لأنها حق له، وهذا لا يصح لأن الأجرة تجب لإفراز الأنصباء وهم فيها سواء فكانت الأجرة عليهم كما لو تراضوا عليها. [١٢/ ٢٩أ].

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٨).

فرع آخر[١]

قال الشافعي رضي الله عنه: ولو كان في جملتهم يقيم ففي نفسي من أحمل عليه شيئاً وهو ممن لا رضى له شيء. فاختلف أصحابنا فيه هل أشار بذلك إلى القسمة أو الأجرة فقيل: أشار إلى أصل القسمة فخرجوها على وجهين: **أحدهما**: يمنع، **والثاني**: يجاب وقيل: أشار إلى أجرة القسمة لأن القسمة لا تمتنع بحق الصغير إذا احترزها الكبير لأن الصغر لا يمنع الحقوق فهل يلزمه أجرة القسمة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يلزمه الحاكم ولم يسقط منها مع عدم حفظه بها كما يلزمه مما لا حظ له فيه من مؤنة وكلفة، **والثاني**: يقول الحاكم لشركاء الصغير إن أردتم القسمة التزمتم قسطه من الأجرة ولم يوجب في ماله ما لا حظ له منه وهذا اختار أكثر أصحابنا بخراسان.

مسألة[٢]: قال وإذا تداعوا إلى القسمة وأبى شركاؤهم فإن كان ينتفع كل واحد منهما بما يصير إليه مقسوماً أجبرتهم على القسمة.

اعلم أن الملك إذا كان مشتركاً بين اثنين وأكثر فطلب بعضهم القسمة فلا يخلو إما أن ينتفع كل واحد منهم بهذه القسمة بحيث لا ضرر على أحدهم أو كان على كل واحد منهم ضرر وينتفع بها كل واحد منهم مثل أرض من شريكين أو دار واسعة أو دور مختلفة تقسم فنصيب كل واحد منهم دار بحكم هذه القسمة [١٢/ ٢٩ب] فإنه يجاب كل شريك دعا إلى القسمة ويجبر الممتنع عليه بعدما لم يحتج في القسمة إلى أن يرد أحدهم على الآخر بعض قيمة ما يصير إليه وهذا لأن المالك يحتاج أن ينتفع بملكه منفعة تامة، وإذا كان مشتركاً لم يمكنه ذلك لأنه إذا طلب الزراعة والعمارة ربما لم يجبه الشركاء إليه، فإذا طلب إفراز ملكه لينتفع به أجيب إليه، وإن كان يلحق كل واحد منهم ضرر بالقسمة لم يجبر الحاكم الممتنع عليها، ولكن إذا رضوا بالقسمة وسألوا الحاكم أن ينصب من يقيم بينهم قسمة مراضاة أجاب إلى ذلك.

وإنما لم يجبر لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام من ضار ضار الله به، ومن شاق شق الله عليه»[٣]. وروى نصير قول معاوية مرسلاً أن النبي ﷺ «نهى عن قسمة الضرار»[٤] وروى محمد بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «لا تعصبة على

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٤٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٥٠).

(٣) لم أجده بهذا اللفظ.

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٣٣) (٢٠٢٣٥).

أهل الميراث إلا ما حمل القسم»[1] يعني: لا يبعض على الوارث.

وقال مالك: يجبر الممتنع على القسمة مع دخول الضرر على الطالب والمطلوب لينفرد بملكه ويده وهو في قسمة الحمام الصغير وهذا لا يصح لأنها قسمة على جميع الشركاء فيها ضرر فلا يخسر عليها كما لو كان بينهما جوهرة فدعوا إلى قسمها.

وقال بعض أصحابنا: لو قسموها [١٢/ ٣٠أ] فيما بينهم جاز، ولكن لو سألوا الحاكم أن يقسمها بينهم لم يجبهم إلى ذلك لأن فيها ضرر وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان تذهب المنفعة بالكلية كالجوهرة تكسر فلا يجابون إليها، وإن تراضوا لأنه سفه، وإن كان لا تذهب منفعته بالكلية وينتفع به في الجملة ولكن ينتفع كل واحد منهم بحصته من ذلك الوجه، مثل حمام تقسم من اثنين فلا يصلح كل نصف إذا أفرد حماماً ولكن يمكن أن يتخذ منه شيء آخر يقسم الحاكم بينهم برضاهم، وهكذا يقسم السيف بينهم برضاهم لأنه إذا قسم يحصل من نصيب كل واحد منهم سكين أو خنجر أو نحو ذلك فللمالك أن يفعل ذلك في ملكه وهذا حسن ولكن ظاهر المذهب ما اختاره القاضي الطبري لأن السفه في الكل لا يخفى والضرر ظاهر.

وإن كان على بعض الشركاء في ذلك ضرر ينظر فإن كان الطالب لا ضرر عليه فيها فإن كانت دار بين رجلين لأحدهما: خمسة أسداسها، وللآخر السدس فطلب صاحب الأكثر القسمة وهو ينتفع لحصة مفرزة، وصاحب الأقل ينتفع بحصته مفرزة أجبر الممتنع عليها وبه قال أهل العراق، وقال أبو ثور: لا يجبر الممتنع عليها بل يترك مشتركاً، وقال ابن أبي ليلى وأحمد: لا يجاب إلى القسمة ولكن يباع ويقسم الثمن بينهم [١٢/ ٣٠ب] لأنه طلب منه قسمة يستضر بها فلا يجاب إليه كما لو كان بينهما جوهرة، ودليلنا أنه طلب إفراز نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فيلزم إجابته إليه كما لو كان الاستضرار بالقسمة، وأما الذي ذكروا فلا يصح لأن الاعتبار بالطلب ولأن من له الحق إذا طلب بيع مسكن من عليه الحق ليستوفي حقه يجاب إليه، وإن استضر به من عليه الحق، وكذلك يستوفي صاحب الدين حقه ممن عليه الدين، وإن استضر من عليه الدين بأن يذهب عن يده رأس ماله ويصير معسراً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان سواء تذهب المنفعة من نصيب الشريك أصلاً أو تذهب عن أن ينتفع به من الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة وهذا خلاف المنصوص، ولعله جعل قول أبي ثور وجهاً في المسألة ولم يعرف النص الصريح هنا.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٣٣) (٢٠٢٣٣).

وإن كان على الطالب في قسمتها ضرر بأن طلب صاحب السدس القسمة قال أبو إسحق: لا يجبر الممتنع من القسمة ولا يجاب إلى تلمسه لأنه يطلب ضرر نفسه وهو الصحيح المشهور من المذهب، ومن أصحابنا من قال: يجبر الممتنع عليه لأن له غرضاً في تمييز نصيبه بأن يزيل سوء المشاركة ومونة المقاسمة وبه قال أبو حنيفة، وهذا لا يصح لما ذكرنا ويفارق هذا كله إذا كان للكاتب فيها منفعة لأنه طلب ما ينتفع به فأجبر صاحبه عليه [١٢/٣١أ] وهنا طلب ما يستضر به ومنه المال وسفه ظاهر فلا يجاب إليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان عليه ضرر ولكنه يمكن الانتفاع به من وجه، وإن لم ينتفع به منفعة الأصل يجاب إليه.

وإن كان لا ينتفع به أصلاً لا يجاب إليه. واعلم أن الضرر الذي ذكرنا إن ينتقص قيمة ما يصير إليه فظاهر كلامه أنه تنقص منفعته ونقصان القيمة يتبع نقصان المنفعة ولا يفترقان، قال: وقال بعض أصحابنا: فيما يعتبر فيه دخول الضرر وجهان: **أحدهما**: وهو ظاهر مذهب الشافعي وبه قال أبو حنيفة إنه نقصان المنفعة دون القيمة.

والثاني: وهو الأشبه يعتبر بكل واحد من نقصان المنفعة أو نقصان القيمة لأن في كل واحد منهما ضرراً.

ولو كانت دار نصفها لواحد ونصفها لعشرة نفر ولا يمكن الانتفاع بكل عشر من هذا النصف على حدته بوجه وأمكن الانتفاع بنصف الدار فدعا صاحب عشر نصف الدار إلى القسمة لم يجب إليه على ما ذكرنا من المذهب وإن اجتمع العشرة وقالوا: نفرز نصيبنا عن النصف الذي لصاحبنا أو قال صاحب النصف: أفرز نصيبي ودع النصف مشاعاً من العشرة فلكل واحد منهم ذلك وهو قول الشافعي رضي الله عنه.

وأقول لمن كره القسمة لقلة حصصهم: إن شئتم جمعنا حقوقكم وكانت مشاعة بينكم [١٢/٣١ب] لتنتفعوا بها فإن قال قائل: حصصهم ملك لهم يفعلون به ما شاؤا فما فائدة قول الشافعي؟ يقال لهم: إن شئتم، قلنا: لعل متوهم يتوهم أن نصيب بعضهم إذا صار مقسوماً له وجب أن يصير سائر الأنصباء مقسومة ممتازة فأبان أن ذلك ليس من شرط القسمة ويجوز أن يقسم بعضهم حصة وتبقى حصة الآخرين مشاعة كما كانت، وعلى هذا لو كانت الأرض لستة نفر تساوت سهامهم فطلب واحد منهم القسمة قسمت أسداساً وأقر سدسها له وكانت خمسة أسداسها مشتركة بين الباقين، وإن طلبها اثنان ليجوز أسهمهما مجتمعين قسمت أثلاثاً، وأفرز لطالبي القسمة ثلثها مشتركاً بينهما وكان الثلثان مشتركاً بين الباقين وعلى هذا القياس إذا طلب الثلاثة أو الأربعة.

مسألة: قال: وينبغي للقاسم أن يحصي عدد أهل السهام ومبلغ حقوقهم[(١)].

الفصل

الكلام في هذا في كيفية القسمة والقسمة على ضربين: قسمة فيها رد، وقسمة لا رد فيها، فأما التي فيها رد يجيء حكمه، وأما التي لا رد فيها وهي قسمة الإجبار فلا تخلو من أربعة أحوال: إما أن يكون الأنصباء متساوية والأجزاء متعادلة، أو أن تكون الأنصباء متساوية والأجزاء مختلفة القيمة، وأن تكون الأنصباء مختلفة والأجزاء متعادلة، أو يكون الأنصباء [١٢/ ٣٢أ] مختلفة والأجزاء مختلفة، فإن كانت الأنصباء متساوية الأجزاء متعادلة فإن كانت الأرض بين نفسين لكل واحد منهما النصف، أو من ثلاثة لكل واحد منهم الثلث وذراع منها من أول القراح يساوي درهماً وكذلك من وسطه وآخره فإنه يقسم ذلك بالأجزاء فتمسح الأرض وتذرع ويجعل نصفها جزءاً والباقي جزءاً آخر ثم يقرع بينهما، ويمكن هنا إخراج الأسماء على الأجزاء، أو إخراج الأجزاء على الأسماء، فأما إخراج الأسماء على الأجزاء فهو أن يكتب اسم كل واحد من المالكين في رقعة ويجعل رقعتين متساويتين، ثم تدرج في بندقتين من طين وتطرح في حجر رجل لم يحضر الكتبة والبندق ثم يقال: أخرج على الأول، فإذا أفضّ ذلك ويجعل الجزء الأول لمن خرج اسمه ويتعين الآخر لصاحبه.

وأما إخراج الأجزاء على الأسماء فهو أن يكتب الجزء الأول في رقعة والجزء الثاني في رقعة أخرى ويخرج واحد على اسم أحد الرجلين فيجعل له الجزء ويتعين الآخر لصاحبه، فإذا خرجت القرعة لزمت القسمة وتعينت الحقوق وليس لأحدهما: الامتناع بعد ذلك منها.

قال: ولو أمر الصغير أو الأعجمي من العبد بإخراجه كان أولى لأنه أبعد من الحيلة، وقال أصحابنا: فإن كان هناك سمع أدرج فيه كان أخف وأنظف.

قال الشافعي رضي الله عنه: توزن، ومنهم من يقرأ بوزن يعني ينبغي أن تكون البنادق مستوية [١٢/ ٣٢ب] الوزن ليكون أبعد من التهمة فإن استوت ألقاها في حجر من لم يحضر البندقة وهذا أيضاً للاحتياط.

قال الشافعي: ولا الكتاب، يعني: ينبغي أن لا يكون من دفعت البنادق إليه حاضر حين يكتب الأسامي في الرقاع وتدرج في البنادق والأصل في الرقعة قصة مريم عليها السلام

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٥٢).

في قوله تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: الآية ٤٤] الآية. وقوله تعالى في يونس: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: الآية ١٤١]. لو اقتصر لعل أن أقرع بينهم عصا أو أقلام جاز. وقسم رسول الله ﷺ بني النصير وكتب على أحدهما: لله وقسمها على خمسة أجزاء وأقرع بالنوى وهذا لأن ما حضره رسول الله ﷺ يكون أخف حالاً لأنه أبعد من الحيف وإنما يمكن الاحتياط في موضع التهمة فكذلك حكمها بعده إن كانت عند حاكم تنتفي عنه التهمة كان حكمها أخف، وإن كانت في موضع التهمة كان حكمها أغلظ، وإن كانت الأنصباء متساوية الأجزاء ومختلفة القيمة يعدل بينهما بالقيمة في الإخراج على ما ذكرنا، وإن كانت الأنصباء مختلفة والأجزاء معتدلة بأن يكون لواحد السدس ولآخر النصف وللآخر الثلث.

قال الشافعي: رضي الله عنه قسّمه على أقل السهمان وهو السدس، وقال أبو إسحاق: وإن كان فيهم من له سدس وربع فهو من اثني عشر، وإن كان من له سدس وثمن [١٢/ ٣٣أ] فهو من أربع وعشرين فيقسم أبداً من أقل ما تخرج منه السهام كلها وهذا لأنه لو أقسم على أكثر السهمان لم يمكنه أن يعطي الأقل من الأكثر ويمكنه أن يعطي الأكثر من الأقل، فإذا تقرر هذا تجعل الدار في مسألتنا ستة أسهم لأن أقل السهمان السدس فيجعل لصاحب السدس سهماً ولصاحب الثلث سهمين ولصاحب النصف ثلاثة أسهم فتقسم الدار على ستة أجزاء فيمكنه أن يعطي للنصف من الستة وهو ثلاثة أسهم، ولو أنه جعل الدارنصفين أو ثلاثاً لم يمكنه أن يعطي السدس هذا يعني قولنا: يمكنه إعطاء الأكثر من الأقل إذا قسمها على نسبة الأقل ولا يمكنه إعطاء الأقل من الأكثر ثم يجعل على كل سهم علامة ثم يكتب الرقاع.

واختلف أصحابنا في عددها فقال أبو إسحاق: يكتب ستة رقاع على عدد السهام، ويكتب اسم صاحب النصف في ثلاثة رقاع، واسم صاحب الثلث في رقعتين، واسم صاحب السدس في رقعة، فيكتب اسم كل واحد منهم المعروف به أو يكتب صاحبه فإنه يعرف بذلك أيضاً وأيهما كتب أجزأه، وإنما قلنا: يكتب ستة رقاع لتكون رقاع من كثر نصيبه أكثر فيخرج اسمه أسرع من اسم من قل نصيبه، ثم يخرج ذلك على الأجزاء فإن خرج اسم صاحب السدس على السهم الأول حصل له ثم يقرع بين الآخرين فإن خرج اسم صاحب الثلث حصل له منها الثاني والثالث بلا قرعة [١٢/ ٣٣ب] ويتعين الثاني لصاحب النصف، وإن خرج في الابتداء لصاحب النصف حصل له ثلاثة أجزاء، ويقرع بين الآخرين، فإن خرج لصاحب السدس حصل له الجزء الرابع ويتعين الثاني لصاحب الثلث، وإن خرج لصاحب الثلث في الابتداء فله سهمان ثم يقرع من الآخرين، فإن خرج لصاحب النصف فله الجزء

الثالث والرابع والخامس، ويتعين الباقي لصاحب السدس، وإن خرج لصاحب السدس فله الجزء الثالث، ويتعين الباقي لصاحب النصف، وإنما قلنا: يأخذ صاحب النصف الجزء الثاني والثالث بعد الذي خرج له ولا قرعة لأنا لو أقرعنا بينه وبين غيره في الحق الثاني ربما لا يخرج عليه فيحصل له ذلك من موضع آخر وينقطع نصيبه فيستضر به وفي هذا القسم لا يمكن إخراج الأجزاء على الاسم لأنه لو أخرج ذلك ربما يخرج الجزء الرابع لصاحب النصف فيقول: هوأحد جزأين من الذي قبله، ويقول الآخر: بل يأخذ من الذي بعد فيؤدي إلى الخصومة والاختلاف فلم يجز ذلك.

فإن قيل: أليس في العتق تكتب الحرية والرق ولم يقل تكتب أسماء العبيد، قلنا: قال بعض أصحابنا: هناك قولان على سبيل التخريج، من هنا فيكتب أسماء العبيد، ومنهم من فرق بأنهما لو كتب أسماء الأحرار ربما يؤدي إلى تفريق ملك واحد فلا يجوز إلا أن يكتب أسماء المستحقين، وفي العتق يجوز كلاهما لأنه لايوجد هذا المعنى.

ومن أصحابنا من قال: يكتب [١٢/ ٣٤أ] ثلاث رقاع وهو اختيار ابن أبي هريرة وهو ظاهر كلام الشافعي فيكتب رقعة لصاحب السدس، ورقعة لصاحب الثلث، ورقعة لصاحب النصف، وهذا لأن صاحب النصف إذا خرج اسمه على الأول أعطيناه ثلاثة أسهم بلا قرعة أجزي فلا فائدة في أن يكتب له ثلاثة أرقاع، ويكون تعباً في الحقيقة. وقيل: المذهب الأول لأن لصاحب النصف والثلث مزية على صاحب السدس بكثرة ملكهما، فلو كتبنا لكل واحد رقعة سوينا بينهما ولا سبيل إلى ذلك، والفائدة في كتبه ثلاث رقاع لصاحب النصف أنه ربما يكون له غرض في أن يأخذ نصيبه من الأول، فإذا كتب له ثلاث رقاع فذلك لخروجه اسمه في الأول.

وإن كانت الأنصباء مختلفة والأجزاء مختلفة فإنه يعدل بين الأجزاء والقيمة، ثم يكتب اسم الملاك في ثلاث رقاع ويخرج على ما ذكرنا في القسم قبله سواء، إلا أن في ذلك القسم التعديل يكون بالأجزاء وهنا التعديل بالقسمة.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: يكتب أسماء أهل السهمان في رقاع قراطيس صغار يعني يكتب ثلاث رقاع في كل رقعة اسم واحد من هذه الشركاء الثلاثة ثم أدرجها في بنادق طين على ما ذكرنا.

قال الشافعي رضي الله عنه: ثم يسمي السهمان أولاً وثانياً وثالثاً، يعني يسمي أحد الطرفين من الدار السهم الأول، ويسمي الذي يليه السهم الثاني ويسمي الذي يليه السهم

الثالث، فإن قال قائل: ما بال الشافعي اقتصر [١٢/ ٣٤ب] في تسمية السهام على الأول والثاني والثالث وقد جعلت الدار ستة أجزاء فلم يذكر تسمية الرابع والخامس والسادس؟ قلنا: إنما اقتصر على الأول والثاني والثالث لوقوع الاكتفاء بتسميتها والاستغناء عن تسمية الرابع على ما بينا أنه إذا خرج سهم صاحب النصف فهو له والسهمان اللذان يليانه على ما شرحناه.

مسألة: قال: وإذا كان في القسم رد لم يجز حتى يعلم كل واحد منهما موضع سهمه وما يلزمه ويسقط عنه[١].

وقد ذكرنا حكم القسمة التي لا رد فيها، فأما القسمة التي فيها رد وهو أن يكون قراح فيه بئر أو نخلة أو شجر وغيرها، أو مجلس مبني لا يحتمل القسمة فيكون القراح قيمته مئة، وقيمة البئر أو النخل أو المجلس المبني مئتان فإن هذه القسمة لا يجبر واحد منهما عليها ولا بد فيها من أن يقرع بينهما بتراضيهما، فإذا خرجت القرعة على **أحدهما**: كان بالخيار إن شاء رضي به مع الذي يرده، أو يأخذه ويكون المال الذي يرده على صاحبه معلوماً لهما وهو معنى قوله: وما يلزمه ويسقط عنه يعني ما يلزمه من العوض وما لا يلزمه، فإذا وقع الرضى بذلك بعد القرعة لزمهما وكان ذلك بمنزلة البيع هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه وقوله: أجزته لا بالقرعة أراد به أن هذه القسمة بيع قولاً واحداً والبيع لا يجوز بالقرعة وإنما القولين في قسمة [١٢/ ٣٥أ] ليس فيها رد هل هي بيع أو إفراز حق؟ وقال الإصطخري: إذا تراضيا على الإقراع فخرجت القرعة على **أحدهما**: لزمه كما نقول إذا كانت الأجزاء مختلفة القيمة ولا رد فيها وهذا غلط، لأن الأجزاء المختلفة إذا لم يكن فيها رد لا يعتبر التراضي وأجبر الممتنع منهما على القسم بخلاف هذا، فدل على الفرق بينهما.

وقال في «الحاوي»: لهما في هذه المسألة أربعة أحوال **أحدهما**: إذا تراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد من يأخذ الأدنى ويسترد فقد تمت بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما بالرضى جارياً مجرى البذل والقبول ولهما خيار المجلس، وإن شرط في حال الرضى خيار الثلاث صح، وقال مالك: إذا كان الرد فيها قليلاً صحت، وإن كان كثيراً لا يصح وهذا لا يصح لأنها جارية مجرى البيع، ولا فرق بين القليل والكثير.

والثانية: أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدا ويتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصا ثم

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٥٥).

يستقر الأمر بينهما على من يأخذ الأعلى ويرد ومن يأخذ الأدنى ويسترد فيتم هذه القسمة بالمراضاة ويبطل ما تقدم من تقويم القاسمين بما استقر بينهما من الزيادة أو النقصان.

والثالثة: أن يتنازعا [١٢/ ٣٥ب] بأخذ الأعلى فيطلبه كل واحد من غير زيادة فلا يجبر ويقطع التنازع وتصير الأرض بينهما على الشركة كالجوهرة.

والرابعة: أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة وفي جواز الإقراع بينهما وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأنه بيع وليس في البيع إقراع، **والثاني**: يجوز تغليباً لحاكم القسمة واعتباراً بالمراضاة فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحكم فلا خيار لهما بعد القرعة، وإن كان من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة وإن كان من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار وفيه وجهان: **أحدهما**: أن يختار النصيب على الفور، **والثاني**: أنه لخيار مجلس يعتبر الافتراق.

مسألة: قال: ولا يجوز أن يجعل لأحدهما: سفلاً وللآخر علواً[1].

الفصل

صورة المسألة: أن تكون دار بين شريكين فطلب **أحدهما**: أن يقسم بينهما ويجعل العلو لأحدهما: والسفل للآخر لا يجبر على هذه القسمة؛ لأن العلو والبناء إنما يدخل في القسمة تابعاً للعرصة ولا يدخل متبوعاً، ألا ترى أنه لو كان بين رجلين عرصة فطلب **أحدهما**: القسمة لم يجبر عليه فإذا أراد أن يجعل العلو لواحد والسفل لآخر يريد أن يجعل العلو والبناء متبوعاً في القسمة فلا يجبر على ذلك.

وقال في «الأم»: في تعليل هذه المسألة لأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته من الأرض وما فوقه من الهواء فإذا [١٢/ ٣٦أ] أعطي كل واحد منهما على غير أصل ما يملك الناس، وأيضاً فإن العلو مع السفل يجري مجرى الدارين المتلاصقتين لأن كل واحدٍ منهما مسكن منفرد، ولو كان بينهما دار ولم يكن لأحدهما: أن يطالب بأن يجعل إحدى الدارين نصيباً كذلك هنا.

وقول الشافعي رضي الله عنه: إلا أن يكون سفله وعلوه لواحدٍ مشكل ومعناه لايجوز أن يجعل لأحدهما: سفلاً وللآخر علواً ولايصح القسمة إلا أن يكون سفل كل سهم وعلوه لواحدٍ فأوجز المزني أو سقط هذا، فإن تراضيا عليه جاز لأن أكثر ما فيه أن يكون بمنزلة الملكين المتجاورين ولوتراضيا في الملكين المتجاورين وأن يجعل لكل واحدٍ داراً منفردةً

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٥٩).

جاز كذلك هنا.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقسمه الحاكم بينهما فيجعل ذراعاً من السفل بذراعين من العلو لأن عنده صاحب العلو لا ينتفع بالقرار وصاحب السفل ينتفع بالقرار، وقال أبو يوسف: يقسمها ذراعاً بذراع، وقال محمد: أقسمه بالقيمة وهذا لأنها دار واحدة فإذا قسمها على ما تراه جاز وهذا غلط لما ذكرنا، وأما ما ذكروه فلا يصح لأن الهواء لصاحب العلو وله أن يصنع به ما لا يضر بصاحب السفل، ولو طلب أحدهما: أن يقسم السفل بينهما ويترك العلو على الإشاعة [١٢/٣٦ب] لم يجبر الآخر على ذلك لأن القسمة تراد لتمييز حق أحدهما: عن الآخر، وإذا كان العلو مشتركاً لم يحصل التمييز..

فرع[1]

إذا كان في الأرض زرع وأراد أحد الشريكين قسمة الأرض نظر؛ فإن أراد قسمة الأرض دون الزرع أجبر الآخر عليها، لأن الزرع في الأرض كالفرش في الدار لايمنع القسمة، ولا فرق بين أن يكون خرج الزرع أو لم يخرج، وإن أراد قسمة الزرع خاصةً نظر، فإن كان حباً لم يجز وكذلك إن كان حباً مشتداً لم يجز لأنه مجهول، وإن كان قد خرج ولم يصرحباً حكى الشيخ أبو حامد: أنه لا يجبر الممتنع عن القسمة لأنه لا يمكن تعديله ولا يمكن الإجبار إنما يكون على ما يبقى ويدخر ولا يقصد بالزرع التبقية وقال القاضي الطبري: في هذا نظر وعندي أنه مبني على القولين فإن قلنا: القسمة بيع لم يجبر لأنه لايمكن بيعه إلا بشرط القطع، وإن قلنا: أنه إفراز حق يجبر وهذا أشبه لأنه إذا أمكن تعديله مع الأرض أمكن منفرداً، وإن أراد قسمة الأرض مع الزرع فإن كان الحب لم يخرج لم يجز لجهالته؛ ولأنه بيع الحب بالحب ومعهما غيرهما فلا يجوز، ولذلك إن كان الحب اشتد في السنابل، وإن قلنا: إفراز حق أيضاً لأنه معلوم ومجهول، وإن كان الزرع أخضرَ جازت قسمته مع الأرض ويكون تبعاً لها [١٢/٣٧أ] ويجوز مطلقاً، ولو طلب أحدهما: أن يقسم الزرع مع الأرض قال بعض أصحابنا: لايجبر لأن الإجبار على ما يبقي ويدخر والصحيح أنه على ما ذكرنا.

فرع آخر

اعلم أن الأرض المشتركة ضربان: **أحدهما**: أن تكون متساوية الأجزاء يدخلها قسمة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٥٩).

الإجبار على ما ذكرنا، والثاني أن تكون مختلفة الأجزاء بعضها عامراً وبعضها خراباً، أو بعضها قوياً وبعضها ضعيفاً أوفي بعضها شجراً وبناء فهو على ضربين:

أحدهما: أن يمكن تساوي الشريكين بالقسمة في جيده ورديئه مثل أن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها، فإذا قسمت نصفين صار إلى كل واحد الجيد والرديء على السواء فيجبر أيضاً.

والثاني: أن لا يمكن تساويهما فهذا على أربعة أضرب: **أحدهما**: أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الزرع مثاله: أن تكون الأرض ثلثين جريباً وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريباً من رديها فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة، والسهم الآخر عشرين جريباً فهل يجبر؟ قولان: **أحدهما**: لا يجبر لتعذر التساوي في الزرع، **والثاني**: يجبر وهو اختيار أبي حامد لوجود التساوي في التعديل فعلى هذا في أجرة القاسم وجهان: **أحدهما**: سواء لتساويهما في أصل الملك، **والثاني**: على صاحب العشرة ثلث الأجرة وثلثاها على الآخر لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة.

والضرب الثاني: أن يكون في [١٢/ ٣٧ب] القسمة رد وقد ذكرنا فيها أربعة أقوال.

والضرب الثالث: أن تقسم الأرض بينهما بالسوية ويترك البناء والشجر على الشركة، فإن تنازعا فيه لم يجبر الممتنع، وإن تراضيا به دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق زالت قسمة الإجبار.

والضرب الرابع: أن يقسم القاضي الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهما على الشركة ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان؛ **أحدهما**: أن حكمها حكم أرض واحدةٍ لإتصالها فعلى هذا لا تدخل قسمة الإجبار في بياضها لأنها لا تدخل في شجرها وبنائها، **والثاني**: أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها فصارت باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين وتدخل قسمة الإجبار في البياض كما لو انفرد. .

فرع آخر

لو كانت الأرض ما يصح فيها قسمة التعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما: إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد فإن قلنا: يجبر على قسمة التعديل كان القول قول من دعا إليها، وإن قلنا: لايجبر لم يترجح قول واحد منهما ووقفت على مراضاتهما بأحدهما.

فرع آخر

قسمة الدار المشتركة تكون على الضروب الأربعة فإذا قسمت على إجبار أو تراض وكان لكل واحد من السهمين طريق منفرد يختص به أمضيت القسمة عليه [١٢/٣٨أ] وإن لم يكن لواحد منهما طريق إلا أن يجد من الملك ما يكون طريقاً لهما وجب أن يخرج من الملك قبل القسمة ما يكون طريقاً لهما مشتركاً بينهما، ثم يقسم بعده ما عدله.

وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى إذا تنازع في طرقهم أن يجعل سبعة أذرع[١] وروي أنه قال: إذا تدارأتم في طريق فاجعلوه سبعة أذرع[٢]، وهذا يجوز أن يكون محمولاً على عرف المدينة فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد تكفي في بعض البلاد وأقل من هذا، وقد يحتاج إلى الأكثر من هذا ويحتمل أنه قال على معنى الأرفاق والاستصلاح دون الحصر والتجديد وهذا في الطرق العامة، فأما في هذا الاستطراق الخاص بين هذين الشريكين، قال أبو حنيفة: تكون سعته بقدر ما تدخله الحمولة ولا يضيق بها، وعند الشافعي يكون معتبراً بما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج وما جرت العادة بحمل مثله إليها ولا يعتبر بسعة الباب لأنهما قد يختلفان في سعة الباب كما اختلفا في سعة الطريق ولأن طريق الباب في العرف أوسع من الباب.

مسألة: قال وإذا ادعى بعضهم غلطاً كلفه البينة[٣].

صورة المسألة: أن يقسم رجلان أرضاً ثم ادعى أحدهما: غلطاً عليه وإن لم يحصل له كمال حقه فلا يخلو إما أن يكون ذلك قسمة إجبار، أو قسمة مراضاة فإن كانت قسمة إجبار [١٢/٣٨ب] لم تقبل دعواه ويكون القول قول الشريك الذي يدعي أن حقه في يده مع يمينه لأن الظاهر من القسمة الصحة، ولا يحلف القاسم لأنه حاكم، وإن أقام البينة وهي أن يأتي بقاسمين عدلين أنه حيف عليه ونقص من حقه نقضت القسمة، لأن ذلك ليس بأكثر من الحكم ولو قامت البينة أن الحاكم غلط في حكمه نقض كذلك هنا، وإن كانت قسمة مراضاة فإن كانا اقتسما لأنفسهما من غير قاسم لم يقبل دعواه لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً وأقر باستيفاء حقه، وفي الدعوى يكذب نفسه فلا يقبل بخلاف المسألة الأولى لأنه أقر في فعل

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء (٢٤٧٢)، ومسلم في المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه (١٦١٣)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في الطريق إذا اختلف فيه كم يجعل (١٣٥٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب من القضاء (٣٦٣٣).

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٦٠).

الغير فيقبل قوله: إني أقررت ورضيت على ظاهر أن الغير مصيب فبان لي الخطأ.

فإن ادعي في هذه المسألة أن صاحبه يعلم الغلط قال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه اليمين أنه لا يعلم، وقال أيضاً: لو ادعي من حيث المشاهدة أن فيه غلطاً وأني غلطت في الحساب واتفقا أنه لم يكن هناك ولا سبب يوجب الآخر أكثر من النصف وكان بينهما من قبل نصفين ودلت المشاهدة على أن هذا يجب أن لا ترد دعواه؛ إذ لا يؤاخذ[1] كذبه المشاهدة فيستوي حكم الفصلين أن عليه البينة وعلى صاحبه اليمين، وإن كانا نصبا قاسماً ففيه قولان: **أحدهما**: يعتبر التراضي فيها في الابتداء فقط والثاني يعتبر التراضي في الابتداء وبعد خروج القرعة [١٢/ ٣٩ب] وهما مبنيان على أنهما لو حَكَّما رجلاً فحكم بينهما هل يعتبر رضاهما بعد الحكم؟ قولان؛ والمنصوص الظاهر أنه يعتبر التراضي بعد القرعة، فإن قلنا: يفتقر التراضي في الابتداء أو بعد خروج القرعة لم تقبل الدعوى لأنه رضي بعد تعيين الحق بأخذه ناقصاً، وإن قلنا يفتقر إلى التراضي في الابتداء فقط فهي بمنزلة قسمة الإجبار..

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه: وإذا اختلفا في الحد الذي ينتهي نصيب كل واحد منهما فقال **أحدهما**: تنتهي حصتك إلى هذا الموضع، وقال الآخر: تنتهي إلى موضع بعده فإنهما يتحالفان، فإذا تحالفا انفسخت القسمة، وإن قال أحدهما: لصاحبه: حدي ينتهي إلى الموضع الفلاني وأنت غصبتنيه وأضفته إلى حصتك فالقول قول الذي في يده لأنه اعترف له باليد وادعى الغصب.

مسألة[2]: قال: وإذا استحق بعض المقسوم أو لحق الميت دين فبيع بعضها انتقض القسم.

صورة المسألة: أن يقسم الشريكان الأرض ثم استحق بعض نصيب أحدهما: فلا يخلو إما أن يستحق شيء بعينه، أو مشاعاً، فإن استحق قطعة من نصيب أحدهما: بعينه بطلت القسمة وردت على ملكهم ومُيّز ملكهم، والذي استحق يكون من جميع الأرض.

والثاني: يكون بين الشريكين ويكون قد بقي لمن استحق بعض نصيبه حقاً في الأرض التي حصلت [١٢/ ٣٩ب] الشركة فصارت الإشاعة كما كانت فبطلت القسمة اللهم إلا أن

---

(١) هكذا العبارة في الأصل ولعل الصواب: كذمة المشاهدة.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٦٢).

يستحق قطعة أرض بعينها مثل ما استحق من نصيب الآخر قطعة بعينها فبقي مع كل واحد منهما مثل ما بقي مع الآخر فتكون القسمة بحالها.

وإن استحق بعض الأرض مشاعاً فالقسمة قد بطلت في العدد المستحق، وهل يبطل في الباقي؟ اختلف أصحابنا فيه فقال ابن أبي هريرة: هذا مبني على القولين في تفريق الصفقة، فإن قلنا: لا تفرق بطلت القسمة في الكل، وإن قلنا: تفرق لم تبطل في الباقي، وقال أبو إسحق: تبطل قولاً واحداً في الكل لأن القصد من القسمة تمييز الحقوق وهنا قد عادت الإشاعة في نصيبهما لأن المستحق صار شريكاً لكل واحد منهما فبطلت القسمة ويفارق البيع لأنه لما جاز عقد البيع في الابتداء بالتراضي جاز استدامته بعد ذلك بالتراضي وهذه الطريقة أصح، وهكذا لو بان أنه كان أوصى بعين من الأعيان واحتمله الثلث فأدخلت في القسمة لم تصح القسمة لأنه كالمستحق.

وأما إذا ظهر دين على الميت بعد قسمة الورثة التركة قيل للورثة: إن شئتم قضيتم الديون من مالكم فتبقى القسمة بينكم، وإن شئتم بعتم من الشركة بمقدار الدين، فإن اختاروا بيع التركة نظر فإن استغرق جميع التركة انتقضت القسمة بالبيع، وإن استغرق بيع بمقداره وتبطل القسمة [١٢/ ٤٠أ] ويقسم بين الورثة والمشتري على قدر حقوقهم، ومن أصحابنا من قال: هذا مبني على أن الوارث إذا باع تركة تعلق بها دين يستغرقها هل يصح البيع؟ فيه وجهان: وقيل قولان، فإذا قلنا: البيع صحيح فالقسمة أيضاً صحيحة، وإذا قلنا: لا يصح البيع فإن قلنا القسمة إفراز حق يصح، وإن قلنا أنها بيع لا يصح فإن قلنا: يصح فإنما يصح بشرط أن يقضي الورثة الدين، فإن لم يقضوا انتقضت القسمة وبيعت الأرض في الدين، وإن كان أوصى بشيء غير معين مثل ألف درهم ونحو ذلك فهو كما لو ظهر دين على ما ذكرنا..

فرع

لو مات رجل ولا دين عليه فلحقه دين حادث بسبب بئر حفرها فتردى فيها حيوان وغير ذلك من الأسباب، فالدين الحادث بعد القسمة كالدين القديم الظاهر بعد القسمة، فإن أدوه استقرت القسمة، وإن أبوا أنقضنا القسمة.

فإن قال قائل: قضاء الدين واجب من المال الذي خلّفه كذلك الوصية فما معنى قول الشافعي رضي الله عنه: ويقال لهم في الدين بالوصية إن تطوعتم أن تعطوا أهل الدين والوصية أنفذنا القسمة، قلنا: قضاؤهما واجبان لكن من غير التركة لا من مال الورثة، فإذا طابت أنفسهم بقضائها من مالهم جاز أن يسمى مثل هذا تطوعاً وإن العوض يصل إليهم [١٢/ ٤٠ب] من الميراث..

مسألة: قال: ولا يقسم صنف من المال مع غيره[١].

الفصل

صورة المسألة: أن يكون بين رجلين أرض بعضها فيه نخل وبعضها فيه بئر يشرب بالنضح وبعضها بالسيح وبعضها بالبعل فطلب منه أن يقسم أعياناً وجعل لكل واحد منهما جنساً منفرداً فلا يجبر على هذه القسمة بل يقسم كل جنس منفرداً كما قلنا في الدور المفترقة لا تقسم أعياناً، ولكن تقسم كل واحدة على الانفراد، وقد ذكرنا الخلاف عن مالك وأبي يوسف ومحمد، وحكي عن مالك أنه قال: إذا اتصلت جمعت في قسمة الإجبار مع اختلافها، وإن افترقت لا تجمع، لأنها إذا اتصلت معاً وبها منفعتها ولا يعتبر المحال والمحلة، وحكي عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قولنا إلا أنه قال: إذا كانت إحداها حجرة الأخرى يجوز أن يجعل إهداهما في أحد النصيبين لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة، ودليلنا أن أثمانها متباينة ومنافعها مختلفة فلا يجوز أن يجمع في حق واحد، وأما تقارب المنفعة فلا معنى له كما لو كانتا متفرقتين وربما تتقارب منفعتها أيضاً، وأما ما ذكر أبو حنيفة لا يصح لأن الحجرة مسكن منفرد عن الدار فأشبه الدار المجاورة فإن تراضيا على ذلك جاز [١٢/٤١أ] ويكون ذلك بمنزلة الشائع، ومراد الشافعي لا تقسم جَبراً، قال أبو إسحاق: أراد الشافعي بهذا إذا كانت في مواضع متفرقة كل نوع منه يقسم بانفراده، فإن كانت في موضع واحد يتصل بعضها ببعض يجوز أن يقسم الجميع قسمة واحدة ويجبر الممتنع عليها إذا لم يكن فيها كما لو كان قراح أحد طرفيه أكثر قيمة من الطرف الآخر بعمارة فيه يقسم الجميع قسمة واحدة ويجبر الممتنع عليها إذا لم يكن فيها رد، وكما لو كانت في الدار رواق وخزائن وصفة فإنها تقسم، وإن كان بعض أجزائها أرفع من بعض ذكره القاضي الطبري وقال ابن القاص وقد قيل: لا يجبر لأن قيمتها متفاوتة وهذا أشبه بقول الشافعي رضي الله عنه..

فرع

لو كان بينهما دكاكين فالحكم على ما ذكرنا في الدور، ولو كانت بينهما عضائد صغار وهي الدكاكين الصغار التي لا يمكن قسمة كل واحد منها فطلب أحد الشريكين قسمة بعضها في بعض فيه وجهان:

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٦٣).

أحدهما: يجبر عليه لأنها تجري مجرى البيوت في الخان الواحد يقسم ويجمع حق كل واحد منهما في بيت مفرد.

والثاني: لايجبر عليه بل يقسم كل واحد منها لانفراد كل واحد منهما بطريقه وسكناه كالدكاكين المتفرقة، وقد ذكرنا أن البعل النخل إذا أرسخ عروقها في الماء والطري ما سقى العواثير من ماء السبيل والنضح ماء البئر الذي يسقى [١٢/ ٤١ب] الموالي وقوله: والأعين: يريد ما يشرب مما ينبع من الماء، والنهر مأمون الانقطاع يريد به ما يشرب من النهر الكبير مثل دجلة والفرات واعتبر باختلاف الشروب عن تفرق مواضعها.

مسألة: قال: وتقسم الأرضون والثياب والطعام.

الفصل

أما الأرضون قد ذكرناها وجملة المذهب فيها أن كل أرض تساوت أجزائها في القيمة، أو اختلفت أجزاؤها في القيمة إلا أنه يمكن تعديلها من غير، يجبر على قسمتها، وإن كانت أجزاؤها لابد من الرد لايجبر، وقيل: الضياع المزروعة والمغروسة تقسم ثلاثة أقسام: **أحدهما**: أن يتصل بعضها ببعض ويتماثل في المنفعة والثمر والمؤنة فيضم بعضها إلى بعض ويقسم جبراً كالصفة الواحدة، **والثاني**: أن يفترق ولا بعضها إلى بعض بل يجبر على قسمة كل ضيعة منها، **والثالث**: أن يتصل ويختلف إما في منفعة بأن يكون في بعضها شجر وبعضها مزروعاً وبعضها كرماً أو نخلاً، أو يختلف في مؤنة بعضها بشرب من نهر وبعضها بنضح، أو يختلف في نفاسة بعضها وفقد ذكرنا أن الشافعي رضي الله عنه قال: لا يضم بعضها إلى بعض بل يجبر على قسمةً كل صنف.

وأما العقار المسكون ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدهما: لا يدخله قسمة الإجبار مع تمييزه وهي أن يكون بين الشريكين داراً فيدعو **أحدهما**: إلى أن يجعل [١٢/ ٤٢أ] كل دار لأحدهما: فلا يجبز.

والثاني: ما تدخله قسمة الإجبار مع تمييزه وهي أن تكون قرية ذات مساكن من شريكين فدعا أحدهما: إلى أن يقسم جميع القرية، ودعا الآخر أن يقسم كل مسكن منها فقسمة الإجبار واقعة على جميع القرية فتنقسم نصفين بما اشتمل عليه من مساكنه لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة للبيوت، وفي الدار لا يقسم كل بيت كذلك هنا.

والثالث: ما أختلف فيه هو أن يكون بينهما عضائد متصلة وقد ذكرنا حكمها. وأما

البناء قال أبو إسحق: إن كانت من جنس واحد يجبر على قسمتها، وإن كانت من أجناس فطلب القسم على أن يقع نصيب كل واحد منهما أحد الثوبين لم يجبر الممتنع، وإن طلب قسمة كل جنس بينهم أجبر الممتنع. قال وكذلك لو كان بينهما ثوبان من جنس وصفة واحدة فطلب أحدهما: القسمة على أن يقع في نصيب كل واحد منهما أحد الثوبين أجبر الآخر عليه فإن قيل: فقد منعت ذلك في الدارين والأرضين المتفرقتين فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن قسمة الثوب الواحد وقطعه يؤدي إلى إذهاب منفعته وإتلاف ثمنه وليس كذلك قسمة الدار الواحدة والأرض الواحدة فإنه لا ضرر فيها فافترقا، قال أبو إسحق: فإن كان ثوباً واحداً لا تنقص قيمته بالقطع [١٢/ ٤٢ب] يقسم بينهما نصفين جبراً وإن كان ينقص لا يجبر هذا ظاهر قول الشافعي رضي الله عنه، واختاره ابن سريج والإصطخري وجماعة وقال أبو سلمة: من أصحابنا من يجيز كل حال لأن الثياب لا تنقسم خلاف الدور، وقال ابن خيران وابن أبي هريرة: لا يجبر على قسمة الأثواب أصلاً لأنها بمنزلة الدور والأرضين المتفرقة فلا تقسم عياناً ولأن في قسمة الثوب الواحد ضرراً وقسمة الثياب على أن يكون لكل واحد ثوب ينفرد به مبادلة، ولا يجبر علي واحد منهما.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كان لا ينقص قيمته بالقطع فيه وجهان: وظاهر المذهب أنه يجبر، وهذان الوجهان مبنيان على ما لو باع ذراعاً من كرباس وعينه جانب منه على أن يقطعه من ذلك الموضع هل يجوز؟ فيه وجهان وإن كان ينقص لم يجبر بحال.

والثوب الواحد إذا اختلف فيه لاختلاف نقوشه وألوانه لا يجبر على قسمته بلا خلاف.

وأما الطعام فعلى ضربين: مائع وجامد، فالجامد مثل الحنطة والعدس والحمص وغير ذلك يجبر على قسمتها لأن أجزاءها متعادلة، وإذا قَسَّم كيلاً كما يباع كيلاً ولا يقيم نوع منها إلى نوع قولاً واحداً.

وأما المائع فإن لم يكن دخله ماء ولا نار قسم جبراً كخل الخمر والأدهان لتساوي أجزائها، وإن دخلته النار [١٢/ ٤٣أ] نظر، فإن دخلته للتصفية لا لعقد الأجزاء مثل العسل والسمن ونحو ذلك جازت قسمته، وإن دخلته النار لعقد الأجزاء كالدبس ونحوه فإن قلنا: القسمة بيع لم يجز كما لا يجوز بيع بعضه ببعض، وإن قلنا: إفراز حق يجوز.

وأما قسمة الحيوان والعبيد وغيرها فالخلاف فيها كالخلاف في الثياب، ونص الشافعي على جواز قسمة الرقيق في كتاب العتق فيقول: إن تفاضلوا لا يجبر، وإن تماثلوا ففيه وجهان: ظاهر المذهب أنه يجبر وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق، وقال ابن أبي هريرة وابن

خيران: لا يجبر وأصل هذا حديث عمران بن حصين رضي الله عنه في إعتاق المماليك في مرضه فأقرع رسول الله ﷺ بينهم[١] فجعله ابن سريج دليلاً على قسمة الإجبار، وحمله ابن خيران على جوازه في العتق لاختصاصه بالحيويَّة فلا يجوز في غيرها، قال ابن خيران: وإن قال قائل: أليس تجب شاة في أربعين شاة فيؤخذ منها وذلك قسمة قلنا: ذاك ليس بقسمة، ولذلك يجوز أن يؤخذ من غيرنا ويجب في الكبار جذعة من الظأن أو ثنيَّة من المعز فدل أنه ليس بشركة ولا أخذها بقسمة، وبقولنا قال أبو يوسف ومحمد: إن الحيوان هنا يقسم، وقال أبو حنيفة: الرقيق لا يقسم لأنه تختلف منافعها ويقصد منها العقل والدين والفطنة ولا يقع التعديل بخلاف الشاة والبقر [١٢/٤٣ب] وهذا لا يصح لأن اسمه يجمع ذلك ويحصل التعديل. ولو اختلفت منافعها لاختلاف أنواعها الضأن والمعز يقسم كل نوع على الانفراد، . . . .وكذلك إذا كان.

بعض المعز تركياً وبعضها هندياً لا يقسم جبراً، واعلم أن الشافعي رضي الله عنه أجاز قسمة الكلاب كما أجاز الوصية بها فمن أصحابنا من أجاز قسمتها إجباراً وجهاً واحداً للنص عليه وأنها بخروجها عن القيمة تجري مجرى ذوات الأمثال وقيل: فيه وجهان أيضاً وجعل هذا النص دليلاً على أنه أصحها. وأما الآلات من الخشب كالأبواب والأواني فكالحيوان إن اختلفت لا يجبر، وإن تماثلت فيه وجهان.

وأما قسمة الحمامات والأرحاء ليأخذ كل واحد منهما واحداً، قال ابن القاص: من أصحابنا من قال: لا يجوز لأن قسمة كل واحد منها في نصيبه لا يصح فجاءت قسمة حملتها كالحيوان، ثم ذكر عن ابن سريج أنه كان يفرق بينهما ويقول: الأصل البقاع والرحى والحمام بقعة وإنما لا يتهيأ قسمتها للحارة ونحو ذلك، فإذا كان كذلك كان معني القسمة التي فيها الرد فلم تجز إلا بالتراضي، وليس كذلك الحيوان لأن كل واحد منهما لا ينقسم وبنا ضرورة إلى إفراز حقوقهم فجاز إذا كثروا أن يقتسموا إجباراً وهو كالوجهين في الدكاكين الضيقة.

وأما الدراهم والدنانير [١٢/٤٤أ] وسائر الموزونات التي لها مثل يجوز قسمتها جبراً ولا يجوز قسمة الجواهر لتفاوتها وتباين قيمتها، وهل يعتبر التقابض قبل التفرق في قسمة الدراهم؟ قولان بناء على أنها بيع أو إفراز حق.

ولو كانت حنطة بعضها عراقية، وبعضها شامية، فإن اختلفت قيمة أنواعه يصير إلى كل

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٩٤٩٩).

نوع كالجنس يقسم على انفراد، وإنما تماثل قيمة أنواعه فيه وجهان: **أحدهما**: يغلّب حكم الجنس لتماثله فيجوز أن يقع الإجبار في إفراد كل واحد بنوع، والثاني يغلب حكم النوع لامتيازه فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه. وأما الحديد يقسم جبراً إن لم يكن مصنوعاً، فإن كان مصنوعاً أو أواني فإن اختلفت لا يجبر، وإن تماثلت فوجهان كما ذكرنا في الحيوان.

أما قسمة الدين؛ فإن كان على غريم واحد فقسمته فسخ الشركة، فإذا فسخت انقسم الدين في ذمة الغميم ويجوز أن ينفرد باقتضائه، ولو كانت الشركة على حالها لم يجز لأحدهما: أن ينفرد بقبض حقه منه وكان ما قبضه مشتركاً إن يقبضه عن غير إذنهم، وإن أذنوا في قبض حقه كان إذنهم له في قبض حقه فسخاً لشركته ولا وجه لمن خرجه على القولين في المكاتب إذا أدي إلى أحد الشريكين بإذن شريكه هل نختص فيه قولان لأن الفرق ظاهر وهو ثبوت الحجر على المكاتب وعدمه في حق الغريم [١٢/ ٤٤ب].

وقال بعض اصحابنا بخراسان: فيه وجهان وليس بشيء على ما ذكرنا، وإن كان الدين على غرماء يختص كل واحدٍ بما على كل واحد لم يجز جبراً لأن الغرماء يتفاضلون في الذمم واليسار وهل يجوز اختياراً؟ فيه قولان بناء على على أنها إفراز حق أو بيع فإذا قلنا: لا يجوز فوجه الصحة أن يحيل كل واحد لأصحابه بحق على الغريم الذي لم يختره ويحيلوه بحقوقهم على الغريم الذي اختاره فيتعين الحق بالحوالة دون القسمة. وأما قسمة الرطب والعنب قد ذكرنا فيما قبل إنها إن قلنا: أن القسمة إفراز حق يجوز اجباراً واختياراً بكيل أو وزن وهل يجوز بالخرص في نخلة؟ فيه قولان: والأصح من هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة الاختيارار لأن المقصود بها التحقيق المعدوم في الخرص في قسمة الإجبار لأنها محمولة على التراضي، وإن قلنا: بيع لا يجوز أصلاً وأما قسمة الوقف فقد ذكرنا أنه إن اختلط بملك لا يجوز لأن حقوق أهله مقصورة على منافعه، وإن اختلط بملك، فإن قلنا القسمة إفراز حق يجبر على القسمة، وإن قلنا: بيع ففيه قولان: **أحدهما**: لايجوز جبراً ولا اختيار تغليباً للوقف، والثاني يجوز جبراً واختياراً تغليباً للملك .

فرع

قال بعض أصحابنا بخراسان: [١٢/ ٤٥أ] لو كانت داراً مشتركة وفي أحد نصف الدار بيت مزوق هل يجبر على القسمة من غير رد قيمته ولا هدم شيء قولان: وأصلحهما ما قال الشافعي: لو كانت التركة عبدين أحدهما: قمته مائة وقيمة الآخر مائتين ففيه قولان: **أحدهما**: لا ينقسم إلا أن يتراضيا على الرد، والثاني يقسم فمن صار له قليل القيمة فهو له

وربع الآخر مشاعاً فيقسم ما يحمل القسمة ويشاع ما لا يحتمل القسمة فإذا قلنا بالقول الثاني؛ فهناك تقسم جميع الدار سوى هذا البيت المزوق ويترك ذلك البيت المزوق على الإشاعة.

فرع آخر

لو تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت دار قسماها فادعى كل واحد منهما في سهمه ولا بينة يتحالفان، ونقضت القسمة بعد إيمانهما، وقال مالك: القول قول صاحب اليد فيه مع يمينه، ولو وجد أحدهما: بعد القسمة عيباً في سهمه فله الخيار في فسخ القسمة.

فرع آخر

لو كان بينهما جريب بُرٍّ يجبر على القسمة. فإن دفع أحدهما: منه ابتداء خمسة أقفرة هل يجوز أن ينفرد بها وتكون قسمة أم لا فيه وجهان.

مسألة: قال: وإذا طلبوا أن يقسموا داراً في أيديهم قلت: ثبتوا على أصول حقوقكم[1].

الفصل

صورة المسألة: أن تكون دار بين اثنتين فترافعا إلى الحاكم وطلبا أن يقسمها بينهما، فإن أقاما البينة بالملك قسم [١٢/ ٤٥ب] لأنه قد ثبت أنه ملك لهما، وإن لم يقيما البينة ولكنهما تعادا بالملك اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: نص الشافعي رضي الله عنه لا يقسم لجواز أن تكون الدار لغيرهما وفي يدهما أو إجارة ونحو ذلك فإذا قسم الحاكم بينهما ادعيا ملكها، وإن الحاكم حكم لهما بذلك فتقع الشبهة بقسمة الحاكم بينهما ذلك لحاكم آخر وكان الاختيار أن لا يقسمها بينهما بنفسه، وأما قول الشافعي: وقد قيل تقسم ويشهد حكاية لمذهب أبي حنيفة حيث قال: إن كانا ورثاها قسمها بينهما من غير بينة الملك، وإن كان اشتراها فله أن لا يقسم وبه قال أبو يوسف ومحمد: والدليل على أن هذا ليس بقول الشافعي أنه قال: ولا يعجبني ذلك ومن أصحابنا من قال فيه قولان: **أحدهما**: ما ذكرنا، والثاني يقسمها بينهما لأن اليد تدل على الملك كالبينة والطريقة الأولى أصح، فإذا قلنا: يقسم استظهر بأمرين **أحدهما**: أن ينادي هل من منازع له؟ والثاني أن يحلفهما أنه لا حق فيها لغيرهما وفي هذه اليمين وجهان **أحدهما**: استظهاراً ويجوز تركه، والثاني واجبة لا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٦٩).

يجوز القسمة بدونها. ثم إذا فرغ من القسمة يشهد الشهود أنه قسمها على إقرارهما من غير بينة على ملكهما ولكن بحكم أن الدار في أيديهما من غير منازع ولا خلاف أنه لا يجب على القاضي أن يقسم بينهما، وإنما لو تقاسما لا يمنع وفائدة قسمة القاضي [١٢/٤٦أ] بينهما ذلك أنه يقرع ويقسم فلا يكون لهم الامتناع إذا كان مما تجري فيه القسمة جبراً، وإذا اقتسموا بأنفسهم لا يجبر ولمن شاء منهم مثل خروج القرعة وبعده أن يقول: لا أرضى وحكي عن أبي يوسف ومحمد وأحمد أنهم قالوا: تقسم بأقدارهم كل شيء وعن أبي حنيفة: إن كان منقولاً يقسم، وإن كان عقاراً فادعياه ميراثاً لا يقسم إلا ببيته تشهد على الميراث، وإن ادعياه بابتياع أو غيره قسم من غير بينة تشهد بالابتياع، واحتج أن الميراث باقٍ على .... ملك الميت فلا يقسمه إلا بالاحتياط للميت، فإذا لم يثبت عنده الموت والإرث فلا احتياط فيه ويخالف العقار المنقول ويتحفظ بالقسمة بخلاف العقار وهذا أصح من مذهب أبي حنيفة مما ذكرنا ولأن ما ذكره أبو حنيفة لا يصح لأنه لا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين والأصل عدمه وعندنا إذا أقاما البينة بالابتناء لم تكن بينة بالملك لأن يد الأب فيها كأيديهما، ولو كان تنازعهما غيرهما في تلك الحال ولا خلاف أنه لا يجوز للحاكم أن يقسم بينهما لأن قسمته إثبات ملكهما، ولو تنازعا ويدعي كل واحد منهما أنها له لملكاً فجعلها احكام بينهما بأيديهما وإيمانهما لا يجوز أن يقسمها بينهما إن سألاه لأن في تنازعهما إقرار بسقوط القسمة.

فرع

الحاكم إذا أقر بالحكم قبل عزله [١٢/٤٦ب] والحاكم إذا أقر بالقسمة حال ولايته قبل لأنهما يملكان الحكم والقسمة وكل من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وإن أقر بعد العزل فالمذهب أنه لا يقبل ويكون شاهداً به نص عليه في «الأم» وقال الإصطخري: يكون شاهداً به كالمرضعة تشهد على الإرضاع تقبل شهادتها، وهذا إذا لم يدع الأجرة، فإن ادعى الأجرة لا يقبل وعند أبي حنيفة تقبل شهادته سواء كان بأجرة أو بغير أجرة وهذا لا يصح، والفرق أن الحكم هناك يتعلق بوصول اللبن إلى الجوف وليس ذلك من فعلها والقسمة فعلمه والحكم يتعلق به فلم تقبل شهادته على فعله وأيضاً فالرضاع لا يتضمن تعديل المرأة المرضعة والقسمة الصحيحة تتضمن تعديل القاسم فلم تقبل شهادته فيما تجر به إلى نفسه منفعةً.

فرع آخر

لو كان بينهما منافع فأراد قسمتها مهاياة وهي أن تكون العين في يد أحدهما: مرة ثم

في يد الآخر مرة مثلها جاز لأن المنافع كالاعيان فجاز قسمتها، وإن طلب أحدهما: وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع وقيل: فيه وجه أنه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان، والصحيح المنصوص الأول لأن حق كل واحد منهما معجل فلا يجبر على تأخيره بالمهاياة ويخالف قسمة الأعيان لأنه لا يتأخر بالقسمة حق واحد منهما، وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك: يجبر الممتنع على المهاياة [١٢/٤٧أ] وعند أبي حنيفة أنه لا يجبر في العبيد على المهاياة ويجبر في الدار. ولو طلب أحدهما: القسمة بعد المهاياة كانت له واسقطت المهاياة في قول أبي حنيفة وعند مالك. لاتنتفي وتلزم المهاياة.

باب ما على القاضي في الخصوم والشهود

مسألة[١]: قال الشافعي رضي الله عنه: وينبغي للقاضي أن ينصف الخصمين في المدخل عليه.

الفصل

جملة هذا أن الحاكم يحتاج أن يسوي بين الخصوم في خمسة أشياء في المدخل عليه والجلوس بين يديه والإقبال عليهما والاستماع منهما والحكم عليهما والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا﴾ [النساء: الآية ١٣٥] الآية. قال أبو عبيد: في أدب القضاء وهو الرجلان عند القاضي فيكون إلى القاضي وإعراضه لأحد الرجلين عن الآخر. وروى عطاء عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»[٢] وروى أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «إني لأحرِّج عليكم حق الضعيفين اليتيم والمرأة»[٣]، وأيضاً خبر عمر وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما وقد ذكرناه، وروي أن عمر وأُبي بن كعب تقاضيا إلى زيد بن ثابت رضي الله عنهم في محاكمة بينهما [١٢/٤٧ب] فقصداه في داره فقال زيد بن ثابت لعمر بن الخطاب: لو أرسلت إلي لجئتك فقال عمر: في بيته يؤتى الحاكم فأخذ زيد وسادته ليجلس عليها عمر فقال عمر: هذا أول جورك سوِّ بيننا في المجلس فجلسا بين يديه ونظر بينهما فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد بن ثابت لأبي بن كعب: لو عفوت لأمير المؤمنين عن اليمين فقال

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٧٢).

(٢) ذكره الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب (١/٣٣٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأدب، باب حق اليتيم (٣٦٧٨)، وأحمد في «مسنده» (٩٣٧٤).

عمر: «ما يدري زيد ما القضاء وما على عمر أن يحلف إن هذه أرض وهذه سماء» وروي أن أبي بن كعب ادعي نخلاً في يد عمر فقال: هي لي، وقال عمر هي لي وفي يدي، فاختصما إلى زيد فلما انتهيا إلى الباب قال عمر: السلام عليكم فقال زيد: وعليك السلام يا أمير المؤمنين ورحمة الله فقال عمر: قد بدأت بجور قبل أن أدخل الباب فلما دخل قال: هنا يا أمير المؤمنين فقال عمر: وهذه مع هذه ولكني مع خصمي فقال أبي: نخلي غلبني عليه عمر فقال عمر: هي نخلي وفي يدي فقال زيد لأبي: هل لك من بينة؟ فقال: لا، فقال لأبي: فاعف أمير المؤمنين من اليمين، فقال عمر: ما زلت جائراً مذ دخلنا عليك وعليك يا أمير المؤمنين وهنا يا أمير المؤمنين فاعف أمير المؤمنين ولم يعفيني منها إن عرفت شيئاً أخذته بيميني ثم حلف عمر أن النخل كلها لي وما لأبي بن كعب فيها حق فقال: والله إنك لصادق وما كنت تحلف إلا على حق ثم قال عمر لأبي: هي لك بعدما حلفت عليه، وروي أنه قال له بعدما حلفت [١٢/٤٨أ] لايرى زيد بن ثابت القضاء بعد هذا اليوم....[١] وروي أن علياً رضي الله عنه نازع يهودياً في درع، فتخاصما إلى شريح القاضي فصدره شريح فقال علي رضي الله عنه: لو كان خصمي مسلماً ما ارتفعت عليه ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تسوّوا بينهم في مجالسهم ولا تعودوا مرضاهم ولا تشهدوا جنائزهم»[٢] قال صاحب «التقريب»: إن صح الحديث وإلا سوي بينهم، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه وجهان: **أحدهما**: يسوى بينهما كما في الدخول والكلام والثاني يقدم المسلم لخبر علي رضى الله عنه، ومن أصحابنا من قال: صح الخبر ولا يسوي بينهما وجهاً واحداً ورواه إبراهيم التيمي مشروحاً أن علياً رضي الله عنه عرف درعاً له مع يهودي فقال: يا يهودي درعي سقطت مني يوم الجمل فقال اليهودي: ما أدري ما تقول بيني وبينك قاضي المسلمين من درعي وفي يدي فانطلقا إلى شريح فلما رآه شريح قام عن مجلسه فأجلسه موضعه فجلس علي وأجلس اليهودي بين يديه فقال علي: لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ولكني سمعت رسول الله ﷺ وذكر الخبر أورده ابن أبي أحمد وقال: بهذا أقول وروى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الخصمين يقعدان [١٢/٤٨ب] بين يدي الحاكم»[٣]، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي»[٤]. واعلم أن المأخوذ عليه أن يسوي بينهما في الأفعال دون القلب فإن

(١) سواد في الأصل.

(٢) أخرج نحوه البيهقي في سننه (١٠/١٣٦).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٤٣) (١٠/١٣٥). وأبو داود في سننه (٣٥٨٨).

(٤) لم أجده بهذا اللفظ.

كان محبب إلي أحدهما: قلبه ويحب أن يفلح بحجته على الآخر فلا شيء عليه في ذلك لأنه لا يمكنه التسوية بينهما في القلب والقلوب بيد الله تعالى لا يستطاع التحرز من مثلها ومحبتها قال النبي ﷺ: في القسم بين النساء هذا قسمي فيما أملك وأنت أعلم فيما لا أملك[١] يعني قلبه وحبه لعائشة رضي الله عنها. ويستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما ذكرنا أن عبد الله بن الزبير خاصم عمرو بن الزبير فدخل عبد الله على سعيد بن العاص وعمر بن الزبير معه على السرير فقال سعيد لعبد الله: هنا فقال: لأقضي رسول الله ﷺ أن الخصمين يتعدان بين يدي الحاكم. قال ابن العاص: فإذا جلس الخصمان بين يديه أقبل عليهما بمجامع قلبه ولبه وفهمه وعليه السكينة والوقار ولايمازح الخصم ولايضاحكه ولا يشير إليه ولا يساره دون صاحبه[٢].

مسألة: قال: ولاينهرهما ولا يتعنت الشاهد[٣].

اعلم أنه لايجوز للقاضي أن يزجر الخصوم ويصبح عليهم إلا أن يفعلوا ما استحقوا ذلك [١٢/١٤٩أ] وهذا لأنه إذا فعل خلط عقولهم ولا يتمكنون من إيراد الحجة، ولا يجوز له أن يتعنت الشهود إن كان لهم عقول وافرة وحسن سمت في الظاهر لا يفرقهم ولا يسألهم عن الشهادة متفرقين لأنه يكون تعنتاً وإنما يفعل ذلك إذا استراب بهم على ما ذكرنا أولاً، ولا يقول للشهود: لم تشهدون، وكيف تشهدون ونحو ذلك لأنه تعنت وتشوش للأمر عليهم فلا يتمكنون من إقامة الشهادة ويكون ذلك ميل إلى المشهود له. وقال في «الحاوي»: اعلم أن القضاة زعماء العدل والإنصاف فدنوا ليناصف بينهم الناس فكان أولى أن يكونوا أنصف الناس، قال الله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: الآية ٢٦] الآية. وقال تعالى: ﴿وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ ٱتَّبَعَ هَوَىٰهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [القصص: الآية ٥٠].

واعلم أن للقضاة آداباً تزيد بها هيبتهم وتقوى بها رهبتهم والهيبة والرهبة في القضاة من قواعد نظرهم ليقود الخصم إلى التناصف ويكفهم عن التجاحد. ثم آدابهم تشتمل على ثلاثة أقسام: **أحدهما**: في أنفسهم وهو يعتبر بحال القاضي فإن كان مرموقاً بالزهد فالتواضع والخشوع أبلغ في هيبته وأزيد في رهبته، وإن كان ممازجاً لأبناء الدنيا تميز عنهم بما يزيد في هيبته من لباس لا يشاركهم فيه ومجلس لا يساويه فيه غيره وسمتٍ يزيد فيه على غيره

---

(١) أخرج نحوه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء (٢١٣٤).

(٢) لم أجده.

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٧٧).

[١٢/٤٩ب] فأما اللباس فينبغي أن يختص بألطفها ملبساً ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنساً يستكمل ما جرت به العادة بلبسه من العمامة والطيلسان ويتميز بما جرت عادة القضاة من القلانس والعمائم السود والطيالسة السود، فقد اعتم رسول الله ﷺ يوم دخول مكة عام الفتح بعمامة سوداء[1] تميز بها من غيره ويكون نظيف الجسد بأخذ شعره وتقليم ظفره، وإزالة الرائحة المكروهة ويستعمل من الطيب ما يخفي لونه وتظهر رائحته إلا أن يكون في يوم ينظر فيه بين النساء فلا يستعمل الطيب.

وأما مجلسه في الحكم فينبغي أن يكون فسيحاً لا يضيق بالخصوم ولا يسرع فيه الملل ويفترش بساطاً لا يزري ولا يطغى ويختص فيه بمقعد ووسادة ولا يشاركه غيره فيها وليكن مجلسه في صدر مجلسه ليعرفه الداخل عليه ببديهة النظر، ولو كان فيه مستقبلاً للقبلة كان أفضل ويفتح مجلسه بركعتين يدعو بينهما بالتوفيق والتسديد على ما ذكرنا ثم يطمئن في جلوسه متربعاً مستنداً وغير مستند. وأما سمته فينبغي أن يكون في مجلس الحكم غاض الطرف كثير الصمت قليل الكلام يقتصر في كلامه على سؤال وجواب، ولا يرفع بكلامه صوتاً إلا لزجر وتأديب وليقلل الحركة والإشارة وليقف من أعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم إليه ويرتب مقاعد الناس في مجلسه ويكون مهيباً [١٢/٥٠أ] مأموناً ليصان به مجلسه وتكمل به هيبته. ويجعل يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان والمكان، ويجعل يوم جلوسه أول الزمان فإنه أولى من آخره والاعتدال أن يكون له في كل أسبوع يومان إن اتبعا ولا يحل بيوم في كل أسبوع فإن وردت فيما عداه أحكام خاصة لم يؤخرها إن ضرت، ويتخير بين أن يستحلف أو يتولى بنفسه بعد أن يستكمل الراحة والدعة لئلا يسرع إليه ملل ولا ضجر.

والثاني آداب القضاة مع الشهود فمن آدابهم معهم إذا تميزوا وارتسموا بالشهادة أن يكون مقعدهم في مجلسه متميزاً عن غيرهم بالصيانة ولا يساويه واحد منهم في مقعده ولا فيما يخصص به من سوادة قلنسوته ليتميز للخصوم القاضي عن شهوده. وينبغي أن يخص الشهود في ملابسهم بما يتميزون به عن غيرهم ليتميزوا عن من يشهدهم ويستشهدهم كما تميز القاضي منهم. ويسلموا على القاضي بلفظ الرئاسة عليهم ويرد القاضي عليهم مجيباً أو مبتدئاً على تماثل وتفاضل ويقدم بعضهم على بعض في المجلس والخطاب بحسب ما يتميزون فيه من فضل وعلم بخلاف الخصوم الذين يلزمه التسوية بينهم، وإن تفاضلوا فإن حضروه في غير مجلس الحكم جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه ورتبهم فيه على

---

(١) تقدم تخريجه.

اختياره وقطع تنافسهم فيه فإن التنافس يوهن العدالة، فإن تنافسوا في التقدم في أداء الشهادة [١٢/ ٥٠ب] كان قدحاً في عدالتهم بالتمانع في آدائها وإن تنافسوا في الجلوس لم يقدح في العدالة ما لم يتنابذوا ويجوز في غير مجلس الحكم أن يحادثهم القاضي ويحادثونه ويؤانسونه بما لا تنخرق به الحشمة ولا تزول معه الصيانة.

فأما حضورهم في مجلس الحكم فعليه وعليهم من التحفظ والانقباض فيه أكثر مما عليهم في غيره، فإن أحب القاضي أن يفردهم عن مجلسه في موضع معتزل ليستدعوا منه إقامة الشهادة كان أولى وكانوا بمنظر ومسمع وخص منهم شاهدين لمجلسه ليشهدوا بما يجري من الدعاوي والأحكام، وإن أحضرهم جميعاً في مجلسه جاز وكانت ميمنة مجلسه أولى بهم من ميسرته، فإن افترقوا في الميمنة والميسرة جاز، وإن كان اجتماعهم أولى.

ويكون جلوس الكاتب في مجلسه بحيث يواجه القاضي ويشاهد الخصوم ويجمع بين سماع كلامه وكلامهم وجلوسه في الميسرة أولى به من الميمنة لأن حاجة القاضي في الإقبال عليهم أكثر منها مع الشهود، وإقباله على ميسرته أسهل عليه من إقباله على ميمنته، وينبغي للقاضي أن يكف عن محادثة الشهود ويكفوا عن محادثته ويكون القاضي لهم مقصوراً على الأدب في الشهادة وكلامهم له مقصوراً على أداء الشهادة ويغضوا عنه أبصارهم ولا يلقنهم شهادة ولا يتعنتهم فيها [١٢/ ٥١أ] ولا يسألهم عن سبب تحملها، فإن أخبروه بسبب التحمل كان أولى إن تعلق به فضل بيان وزيادة استظهار أو كان تركه أولى إن لم يفد، ولا ينبغي للقاضي أن يستدعيهم للشهادة ولا ينبغي لهم أن يبدؤوا بها إلا بعد استدعائهم. والذي يجب أن يستأذن المشهود له القاضي في إحضار شهوده، فإذا أذن له أحضرهم وقال لهم القاضي: بم تشهدون؟ على وجه الاستفهام، ولم يقل: اشهدوا فيكون أمراً، ويكون القاضي فيه بالخيار بين أن يقول ذلك للشاهدين فيتقدم من شاء منهما بالشهادة ولا يحتاج الثاني إلى إذن بعد الأول، ومن أن يقول ذلك لأحدهما: فيبدأ بالشهادة ولا يكون للآخر أن يشهد إلا بعد إذن آخر، ولو بدأ بالأول فاستوفى الشهادة، وقال للثاني: اشهد بمثل ما شهد به لم تصح شهادته حتى يستوفيها أيضاً كالأول لأنه موضع أداء وليس موضع حكاية.

والقسم الثالث: آداب القضاة مع الخصوم: وهو أن يبدأ بالنظر بين من سبق منهم ولا يقدم مسبوقاً إلا باختيار السابق ويجمع بينهما في الدخول ولا يستدعي أحدهما: قبل صاحبه فتضعف به نفس المتأخر بل يسوي في المدخل بين الشريف والمشروف، والحر والعبد، والكافر والمسلم، فإذا دخلا سوي بينهما في لفظ ولحظ، إن أقبل كان إقباله عليهما، وإن أعرض كان إعراضه عنهما، وإن تكلم كان كلامه لهما، وإن أمسك [١٢/ ٥١ب] كان إمساكه عنهما، ولا يجوز أن يكلم **أحدهما**: دون الآخر، وإن اختلفا في الدين لئلا يصير مماثلاً

لأحدهما: . ولا يسمع الدعوى منهما وهما قائمان حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه.

وينبغي أن يكون مجلس الخصوم عند القاضي أبعد من مجالس غيرهم ليتميز به الخصوم من غيرهم، فإن اختلف جلوسهما فتقدم أحدهما: كان القاضي بالخيار بين أن يؤخر المتقدم أو يقدم المتأخر، والأولى أن ينظر، فإن كان المتقدم جلس في مجلس الخصوم وتأخر عنه الآخر قدمه إليه، وإن كان المتأخر جلس في مجلس الخصوم وتقدم عليه الآخر أخره إليه حتى يتساويا فيه. ومن عادة الخصوم أن يجلسوا في التحاكم بروكاً على الركب لأنه عادة العرب في التنازع وعرف الحكام في الأحكام فإن كان التخاصم بين النساء جلسن متربعات بخلاف الرجال لأنه أستر لهنَّ. وإن كان بين رجل وامرأة برك الرجل وتربعت المرأة لأنه عرف لجنسها فلم يصر تفضيلاً لها.

والأولى بالقاضي أن يجعل للنساء وقتاً وللرجال وقتاً ولا يخص تحاكم النساء مع الرجال من يستغني عن حضوره ويختار عند تحاكم النساء أن يكون الواقف بين يديه لترتيب الخصوم خصياً، وإن كان التحاكم بين رجل وامرأة فالأولى أن لا ينظر بينهما عند تحاكم الرجال من أجل المرأة ولا عند تحاكم النساء من أجل الرجل ويجعل لهما وقتاً غير هذين. [١٢/٥٢أ] وإذا حضر الخصمان تقاربا إلا أن يكون أحدهما: رجلاً والآخر امرأة ليست بذات محرم فيتباعدا ولا يتلاصقا.

مسألة: قال: وَلَا يَنْبَغِي أن يُلقن واحداً منهما حُجَة ولا شَاهِداً شَهَادَته[1].

اعلم أنه لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين شيئاً فلا يلقن المدعي الدعوى والاستحلاف وغير ذلك، ولا يلقن المدعى عليه الإنكار ولا الإقرار به لأنه إن لقنه الإنكار أضر بالخصم، وإن لقنه الإقرار أضر به فلم يجز ذلك لأن عليه التسوية بين الخصمين فيتركهما والقيام بحجتهما فلا يعينهما ولا واحداً منهما لا بصريح ولا بنية فإن ذلك محظور، وكذلك لا يجوز أن يلقن الشهود شيئاً لأنه إن لقنهم الشهادة أضر بالمشهود عليه، وإن لقنهم أن لا يشهدوا أضر بالمشهود له.

فرع

إذا جلس الخصمان بين يديه فهو بالخيار بين أن يسكت حتى يبتدئ أحدهما: بالكلام ومن أن يكلمهما فيقول: تكلما، أو يقول الذي على رأسه: تكلما ولا يجوز أن يقبل على

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٧٨).

أحدهما: ويكلمه دون صاحبه هكذا ذكر الشافعي رضي الله عنه، وقال ابن القاص: إذا جلس الخصمان بين يديه نظر القاضي إليهما كالمستنطق لهما ويقول العون للمدعي: تكلم فإن قاله الحاكم فلا بأس، وكان شريح يقول: أيكما المدعي فليتكلم، وقال أصحابنا: إذا عرف المدعي فلا بأس له أن يخاطبه [١٢/٥٢ب] فيقول له: تكلم، وإذا لم يعرف المدعي يقول ما قال شريح، أو ما قال الشافعي رضي الله عنه: تكلما، وقال في «الحاوي»: إذا أمسك الخصمان عن الكلام لغير سبب لم يتركهما على تطاول الإمساك، وقال لهما: ما خطبكما؟ وهو أحد الألفاظ في الاستدعاء كما قال موسى عليه الصلاة والسلام لابنتي صلى الله عليه ما خطبكما، وإن قال: تكلما أو يتكلم المدعي منكما أو يتكلم أحدكما جاز والأولى أن يقول ذلك العدل القائم على رأسه أو بين يديه.

فرع آخر

لو تنازعا في الكلام كفهما عن التنازع حتى يتفقا على المبتدئ فيهما، وإن أقاما على التنازع ففيه وجهان: **أحدهما**: يقرع بينهما، والثاني يصرفهما حتى يتفقا على المبتدئ منهما.

فرع آخر

إذا بدأ المدعي بالدعوى فداخله الآخر في الدعوى، فإن لم تكن صحيحة قال له: صحح دعواك ولا يلقنه ذلك، فإن لم يصحح دعواه أقامه بعد ثانيه ولا يلقنه صحيح دعواه لأنه يصير معيناً له على خصمه، وقال له: صحح دعواك وإلا صرفتك، وقال الإصطخري وجماعة: لا يجوز أن يلقنه ما يصحح دعواه لأنه توقيف لتحقيق الدعوات وليس بتلقين للحجة؛ لأن في تلقين الحجة كسراً لقلب صاحبه أيضاً والمذهب الأول لأن في تلقين الدعوىٰ كسراً لقلب صاحبه أيضاً.

فرع آخر

لو قال للمدعي: استعن بمن ينوب عنك فإن إشارته إلى الاستعانة بالاحتجاج [١٢/٥٣أ] عنه لم يجز، وإن إشارته إلى الاستعانة في تحضير الدعوى جاز.

فرع آخر

إذا حقق الدعوى فالأولى أن يقول المدعي للحاكم: سله الخروج من دعواي، فإن لم يقل ذلك جاز لأن شاهد الحال يدل على أنه مطالب فيقول الحاكم للمدعى عليه: ما تقول

في دعواه؟ فإن أقر لزمه الخروج منها، وإن أنكر قال للمدعي: ألك بينة؟ فإن جاء ببينة سمعها وحكم بها، وإن لم يكن بينة لم يستحلف الخصم حتى يسأله استحلافه لأن ذلك حق له، فإن استحلفه قبل ذلك لا يعتد بتلك اليمين وتعاد اليمين بعد المطالبة، ثم إن طالبه بتحليفه وحلف أسقط الدعوى عن نفسه وإن نكل ردت اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ما ادعاه.

واعلم أن في لفظ الشافعي رضي الله عنه إشكالاً لأنه قال: فإذا أنفذ حجته تكلم المطلوب ومعلوم أن المدعي لا يشتغل بإقامة حجته إلا بعد جواب المطلوب، ومعناه فإذا أنفذ دعواه فسمى الدعوى التي هي سبب الحاجة إلى الحجة حجة، وقال في «الحاوي»: إذا صح الإنكار فيه وجهان: **أحدهما**: الأولى أن يقول له القاضي قد أنكر ما ادعيته عليه فماذا تريد؟ والثاني الاختيار أن يقول: قد أنكر ما ادعيت فهل لك من بينة؟ وهذا أشبه لما روى وائل بن حجر أن رجلاً من حضرموت حاكم رجلاً من كندة إلى رسول الله ﷺ في أرض فقال للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فيمينه [١٢/٥٣ب] فقال: يا رسول الله إنه فاجر ليس يبالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء فقال: ليس لك منه إلا ذلك[١].

فرع آخر

لو قدم المطلوب الإقرار قبل استيفاء الدعوى لزمه الإقرار وسقط جوابه عن الدعوى إذا وقعت بإقراره، وإن قدم الإنكار طولب به بعد استبقاء الدعوى لأن الإنكار إسقاط فلم يجز تعديه بخلاف الإقرار.

فرع آخر

لو كانت دعواه في رقعة ودفعها إلى القاضي وقال: أثبت دعواي في هذه الرقعة وأنا مطالب له بما فيها فيه وجهان: **أحدهما**: لا يقبل القاضي حتى يذكره نطقاً، أو يوكل من ينوب عنه وبه قال شريح: لأن الطلب يكون باللسان دون الخط، والثاني يجوز ولكن يجب عليه أن يقرأها على الطالب ويقول: هكذا تقول أو تدعي، فإذا قال: نعم سأل المطلوب عن الجواب ولا يجوز أن يسأله قبل قرأتها على الطالب واعترافه بما تضمنها، فإن فعل المطلوب في جواب الدعوى مثل ذلك وكتب جوابه في رقعة ورفعها إلى القاضي فقال: هذا جوابي عن الدعوة، فإن جوزنا ذلك في الطالب جوزنا هذا في المطلوب، وإن لم نجوز في

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه (٣٦٢٣).

الطالب لا يجوز في المطلوب.

فرع آخر

لو لقن الشاهد صفة لفظ الأداء ولم يلعنه ما يشهد به في الأداء ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه توقيف لا تلقين [١٢/ ٥٤أ] وقد أشار إليه الشافعي رضي الله عنه **والثاني**: لا يجوز لما فيه من الممايلة، ويقول له: إن بينت ما تصحح به شهادتك سمعتها وقال القفال: يجوز أن يلقن قدر ما لابد منه مثل أن يشهد ببيع ويطعن أن عنده شهادة الملك فلا بد من أن يقول تشهد بالملك إذ لو لم يقل هذا القدر وقال: زد أو قال: هل عندك زيادة؟ لم يدر الشاهد ماذا يقول فالاستكشاف يجوز، والتلقين لا يجوز.

فرع آخر

لو بادر إلى أداء الشهادة لايبعثه على التوقيف عنها إلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات فيجوز أن يعترض بالتوقف كما فعله عمر رضي الله عنه في قصة المغيرة حين شهدوا عليه بالزنا حتى توقف زياد عن الشهادة بتعويض.

مسألة: قال: ولا ينبغي أن نضيف الخصم دون خصمه[١].

أراد بهذا أن الحاكم لا يضيف أحد الخصمين دون صاحبه بل إذا أضاف أحدهما: أضاف الآخر ولا يجيب إلى ضيافة أحدهما: ولا إلى ضيافتهما ما داما مخاصمين، وقد روي أنه نزل بعلي رضي الله عنه ضيف فأضافه أياماً ثم أنه خاصم إليه رجلاً فقال له علي: تحول عنا فإن رسول الله ﷺ نها بأن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه[٢] وروي أنه لما نزل به قال له ألك خصم؟ فقال: نعم فقال: تحول عنا وذكر الخبر، وروي أن رسول الله [١٢/ ٥٤ب] ﷺ كان لا يضيّف الخصم إلا ومعه خصمه[٣]، وروي عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله إنه كان إذا ادعى عبد على شريف حجبه حتى يقضي بينه وبين خصمه[٤] ولأنه إذا فعل ذلك انكسر قلب خصمه ويوجب التهمة في الميل إلى أحدهما.

مسألة: قال: ولا يقبل منه هدية، وإن كان يهدى إليه قبل ذلك[٥].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٠).

(٢) ذكره ابن حجر في «**تلخيص الحبير**» (٤/ ١٩٣).

(٣) تقدم نحوه.

(٤) لم أجده.

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨١).

اعلم أن الرشوة في الحكم حرام للخبر المعروف، ولأنه إما أن تأخذ ليحكم بغير حق أو ليوقف حق الخصم وكلاهما حرام، وأما الهدية فإن أهدي إليه من لم تجر عادته بالإهداء إليه قبل الحكم لا يجوز قبولها لما روي أن النبي ﷺ قال: «من وليناه شيئاً من أعمالنا ورزقناه فما أخذ بعد ذلك فهو غلول»[(١)] وروي أنه قال: «هدايا الأمراء غلول»[(٢)] وروي سُحت ولأنه إنما يهدى إليه لخصومه حاضرة أو لخصومه يتوقعها وذلك لا يجوز. وإن أهدي إليه من جرت عادته بالإهداء إليه فإن كانت له خصومة حاضرة حرم عليه أخذها لأن الظاهر أنه أهدي إليه للخصومة، وإن لم يكن له خصومة يكره له أخذها ولا يحرم لأنه ربما يكون قد أهدي إليه لانتظار خصومه فيكره، ويجوز أن يكون جرى على عادته في الهدية فلا يجزم نص عليه، وقال في «الأم»: وما أهدي له ذو رحم [١٢/ ٥٥أ] أو ذو مودة كان يهاديه قبل الولاية فالتنزه أحب إلي، ولا بأس أن يقبل، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز له قبولها للخبر وقال الصميري: فيه قولان وهذا غلط لأنه إذا كانت عادته جارية بذلك لم يكن من أجل الحكم فلا تهمة والخبر محمول على العمال من جهة الأمراء ويجري ذلك في حقهم مجرى الرشوة وقال أبو حنيفة وأصحابه: الهدية ممن لم تجر عادته بالإهداء إليه قبل القضاء تكره ولا تحرم، وإن أهدي إليه في غير عمله قال الشافعي: كرهت له ذلك فإن قبل فجائز فأجراه الشافعي مجرى من جرت عادته بالهدية، ومن أصحابنا من حرمها وليس بصحيح، فإن قيل: أليس قبل رسول الله ﷺ الهدايا، وقال: «لو أهدي إلي ذراع لقبلت»[(٣)] قلنا: الله تعالى ميزه عن الخلق فقال: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: الآية ٦] وقُرِىء وهو أبٌ لهم لأنه كان يكافىء وقد كافأ الأعرابي الذي أهدى بعيراً حتى رضي ولأنه بعيد من الميل منزه عن الظن فلا يقاس عليه.

فرع

إذا منعناه من قبولها فقبل فماذا يصنع بها. فيه وجهان: **أحدهما**: يرد إلى بيت المال لأن في ذلك مصلحة للمسلمين.

وقد روي أن عمر رضي الله عنه دخل على حفصة فرأى عليها قلادة من ذهب أهدت إليها من ابنة هرقل فقال: أوأهدت إلى جميع نساء المسلمين مثل ذلك فقالت: لا فقال: أما بدت إليك [١٢/ ٥٥ب] لمكانك مني فأخذها ووضعها في بيت المال قال أصحابنا: لعله

---

(١) أخرج نحوه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في أرزاق العمال (٢٩٤٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٩٨٨٣).

احتياط لها في ذلك وفعل ذلك برضاها فإنه لابأس بهذا لأنها ليست بوصية ولا قاضية. وروي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: «إنما كانت الهدايا في أيام رسول الله ﷺ وما سواها رشوة»[١]، والثاني يردها إلى صاحبها لأنه لم يملكها فإن مات صاحبها يردها إلى ورثته، فإن لم يكونوا وضعها في بيت المال لتنفق في مصالح المسلمين، وإن كان ورثته غُيَّباً وضع في بيت المال للحفظ للورثة، وروي أن رجلاً أهدى إلى عمر رضي الله عنه رجل جزور وتحاكم إليه من بعد مع خصم وجعل يقول: أفصل بيني وبينه كما تفصل رجل الجزور، فقال عمر: فما زال يذكرني حتى كدت أزيغ فقام وأخرج رجل الجزور وقال: «إن هدايا الأمراء غلول»[٢] وروي أن رجلاً كان يهدي إلى عمر رضي الله عنه كل سنة فخذ جزور فخاصم إلى عمر فقال: يا أمير المؤمنين اقضِ بيننا قضاء فصلاً كما يفصل الفخذ من الجزور فكتب عمر إلى عماله لا تقبلوا الهدية فإنها رشوة[٣]. ولو أهدي إليه خوفاً منه وتوقياً شره فهو حرام عليه لا يملكه وإن المهدي ممن تحاكم إليه في الحال.

فرع آخر

قال أصحابنا: ينبغي لكل ذي ولاية أن يتنزه عن قبول هدايا أهل عمله لما ذكرنا من الخبر [١٢/ ٥٦أ] وروي أنه لما رجع ابن اللَّتبيّة قال: لرسول الله ﷺ هذا لكم وهذا أهدي إلي فقال رسول الله ﷺ: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر يهدى إليه أم لا[٤]. والمهاداة من عدا الولاة مستحبة في البذل ومباحة في القبول وقد ذكرنا ذلك في كتاب الهبات.

فرع آخر

مهداة الإمام الأعظم ومن قام مقامه فكل الناس تحت ولايته ومن جملة رعيته فإن هاداه أهل الحرب جاز له قبولها كما تجوز استباحة أموالهم.

فرع آخر

إذا هداه أهل الحرب ينظر في سبب الهدية، فإن كانت من أجل سلطانه فسلطانه

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥/ ٤٢٤).

(٣) لم أجده.

(٤) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب من لم يقبل الهدية لعلة (٢٥٩٧)، ومسلم في الإمارة، باب تحريم هدايا العمال (١٨٣٢).

بالمسلمين فصارت الهدية لهم دونه فكان بيت مالهم أحق بها منه، وإن هداه لما يختص بسلطانه من مودة سلفت جاز له أن يتملكها، وإن هداه لحاجة عرضت فإن كان لا يقدر على قضائها إلا بالسلطنة كان بيت المال أحق بها منه، وإن كان يقدر عليها بغير السلطنة كان أحق بها من بيت المال.

فرع آخر

لو هاداه أهل الإسلام ليستعين به إما على حق يستوفيه له، وإما على ظلم يدفعه عنه، وإما على باطل يعينه عليه، فهذه هي الرشوة المحرمة، وأهل الهدية إن كان على حق لقوم فهو من لوازم نظره ولا يجوز لمن لزمه القيام بحق أن يستعجل عليه كما في الصلاة، وإن كان على باطل يعفى عليه كان أعظم تحريماً [١٢/٥٦ب]

فرع آخر

لو أهدي إليه من كان يهاديه قبله من ذي نسب أو مودة فهذه هدية لا رشوة وهي على ثلاثه أضرب؛ **أحدهما**: أن تكون بقدر ما كانت قبل الولاية لغير حاجة عرضت فيجوز قبولها للعرف وانتفاء الظنة، وإن لم يقبلها كان نهاية الاحتياط لأنه إبراء لساحته وأجمل لذكره.

والثاني: أن تقترن بحاجة عرضت إليه فيمتنع من قبوله عند الحاجة ويجوز أن يقبلها بعد الحاجة، فقد روي أن زيد بن ثابت كان يهدي إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه لبنا فيقبله حتى اقترض زيد بن ثابت مالاً من بيت المال ثم أهدي إليه اللبن فرده عمر فقال زيد: لم رددته قال: لأنك اقترضت من بيت المال مالا فقال زيد: لا حاجة لي في مال يقطع الوصلة بيني وبينك فرد المال وأهدى إليه اللبن فقبله منه.

والثالث: أن يزيد في هديته على فوق العادة لغير حاجة فينظر فإن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها لدخولها في المألوف وإن كان من غير جنسها منع من قبولها لخروجها عن المألوف.

فرع آخر

لو أهدى إليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية فهو على ثلاثة أضرب **أحدهما**: أن يهدي إليه من يخطب منه الولاية على عمل يقلده فهذه رشوة حرام سواء كان مستحقاً أو لا وعليه ردها، [١٢/٥٧أ] ويحرم على باذلها إن كان غير مستحق للولاية، وإن كان مستحقاً لها فإن كان مستغنياً عن الولاية حرم عليه بذلها، وإن كان محتاجاً إليها لم يحرم عليه بذلها.

والثاني: أن يهدي إليه من شكره على جميل كان منه فهذا ملحق بالهدايا لأن الرشوة ما تقدم والهدية ما تأخر وعليه ردها ولا يجوز له قبولها لأنه يصير مكتسباً مجاملته ومعتاضا على جاهه وسواء كان ما فعله من الجميل واجبا أو تبرعاً لا يحرم بذلها على المهدي.

والثالث: أن يهدي إليه مبتدأً فهذه هدية بعث عليها جاه السلطنة، فإن كافأ عليها جاز له قبولها، وإن لم يكافأ عليها ففيه وجهان: **أحدهما**: يقبلها لبيت المال لأن جاه السلطنة لكافة المسلمين والثاني يردها لأنه المخصوص بها فلم يجز أن يستأثر دون المسلمين بشيء وصل إليه بجاه المسلمين.

فرع آخر

مهداة ولاة الأعمال كعمال الخراج والصدقات ينظر فيها، فإن كان المهدي من غير أهل عمله كانت المهاداة بينهما كالمهاداة بين غير الولاة من الرعايا وإن كان من أهل عمله فعلى ثلاثة أضرب **أحدهما**: أن يكون قبل استيفاء الحق فهذه رشوة يحرم قبولها وفي الخبر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اللطفة عطفة»[1]، يعني: تعطف عن الواجب وسواء كان المعامل مرتزقاً أو لا. [١٢/ ٥٧ب].

والثاني أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق منه على جميل قدمه إليه، فإن كان ذلك الجميل مما يجب على العامل أن يعمله بحق عمله وجب رد الهدية وحرم قبولها وإن كان مما لا يجب عليه لم يكن للعامل أن يتملكها ما لم تعجل المكافأة عليها وفيها وجهان: **أحدهما**: تعاد إلى مالكها لخروجها عن المقصود بها.

والثاني: تكون لبيت المال لأنها مبذولة على فعل نائب عنهم وفي مثله قال النبي ﷺ: هدايا الأمراء غلول، والغلول ما عدل به عن مستحقه.

والثالث: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق على غير سبب اسلفه فإن عجل المكافأة عليها بمثل قيمتها جاز أن يتملكها لأنه بالمكافأة معاوض فجرى في إباحة التملك مجرى الابتياع، وإن لم يكافئه فقد خرجت عن الرشوة والجزاء فلم يجب ردها وتعرض بها للتهمة وسوء المقالة وفيه ثلاثة أوجه: **أحدهما**: أنه يقر على العامل ولا يسترجع منه لأن النبي ﷺ لم يسترجع الهدية من ابن اللتبية.

والثاني: يسترجع منه لبيت المال لأنه أخذها بجاه العمل ويضم إلى المال الذي

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير وقال: روي عن عائشة موقوفاً وبعضهم رواه مسنداً.

استعمل فيه لوصولها بسببه، فإن رأى الإمام أن يعطيه إياها جاز إذا كان مثله يجوز أن يبدأ بمثلها، وإن رأى أن يشاطره عليها جاز كما فعل عمر رضي الله عنه في ابنيه حين [١٢/ ٥٨أ] أخذا مال العراق قرضاً وأتجرا وربحا فأخذ منهما نصف ربحه كالقراض.

والثالث إن كان العامل مرتزقاً قدر كفاية أخذت منه الهدية لبيت المال، وإن كان غير مرتزق أقرت عليه لما روى بريدة أن النبي ﷺ قال «من استعملناه على عمل فرزقناه فما أخذ بعد ذلك فهو غلول»[١].

فرع آخر[٢]

لو كان مرتزقاً ولم يكتفِ برزقه عما تدعوه الحاجة إليه فقد روى المستورد بن شداد أن النبي ﷺ قال: «من كان لنا عاملاً فليكسب زوجة، فإن لم يكن له خادم فليكتسب خادماً فمن لم يكن له مسكن فليكتسب مسكناً»[٣]، فدل هذا الحديث علي أن الغلول المسترجع منه ما يجاوز قدر حاجته.

فرع آخر

ولو كان الحاكم لا يأخذ رزقاً من بيت المال فقال: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي عوضاً، حكي عن أبي حامد أنه قال له ذلك ذكره القاضي الطبري أيضاً ولم يذكرا إن طلب من أحدهما: وينبغي أن يكون أخذه من **أحدهما**: للحكم بالحق يجري مجرى الهدية التي ذكرناها ذكره في «الشامل».

فرع آخر

لو أضاف العامل من هو من أهل عمله فإن كان العامل مستوطناً لم يجز أن يدخل في ضيافته، وإن كان مجتازاً جاز أن يدخل بعد استيفاء الحق منه ولم يجز قبله.

فرع آخر

قد ذكرنا مهاداة قضاة الأحكام [١٢/ ٥٨ب] وقال في «الحاوي»[٤]: الهدايا في حقهم أغلظ مأثماً وأشد تحريماً لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها، وقد روى

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٦).

أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم»[١]، فخص الحكم بالذكر تغليظاً قال: وفيه ثلاثة أقسام: **أحدهما**: أن تكون الهدية في عمله من أهل عمله فللمهدي ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يكون ممن لم يهاديه قبل الولاية فلا يجوز أن يقبل لأنه معرض لأن يحاكم أو يحاكَم وهو من المتحاكمين رشوة محرمة ومن غيرهما هدية محظورة.

والثاني: أن يكون ممن يهاديه قبله وله في الحال محاكمة فلا يحل.

والثالث: أن يكون ممن يهاديه قبله وليس له محاكمة، فإن كان من غير ذلك الجنس بأن كان يهاديه بالطعام فصار يهاديه بالثياب لم يجز أن يقبلها لأن الزيادة هدية للولاية وإن كان من جنسه فهل يجوز قبولها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز لخروجها عن سبب الولاية، **والثاني**: لا يجوز قبولها لجواز أن يحدث له محاكمة ينسب بها إلى المماثلة، والثاني من الأقسام: أن تكون الهدية في عمله من غير أهل عمله فلمهديها ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يكون دخل بها إلى عمله فصار بالدخول فيها من أهل عمله فلا يجوز أن يقبلها لجواز أن يحدث له محاكمة [١٢/ ٥٩أ] **والثانية**: أن لا يدخل بها المهدي إلى عمله ويرسلها وله محاكمة هو فيها طالب أو مطلوب فهي رشوة محرمة، **والثالثة**: أن يرسلها ولا يدخل بها إلى عمله ولا محاكمة له فهل يجوزقبولها: فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لما يلزمه من التزامه، **والثاني**: يجوز قبولها لوضع الهدية على الإباحة.

والقسم الثالث: أن تكون الهدية من غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن عمله فنزاهته عنها أولى، فإن قبلها جاز ولا يمنع.

فرع آخر

نزول القاضي ضيفاً على غيره فإن كان في عمله لم يجز، وإن كان في غير عمله جاز ولا يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيماً.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[٢]: إذا أبيحت له الهدية جاز أن يتملكها، ولو خطرت عليه فهي

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم (١٣٣٦)، وأحمد في «مسنده» (٨٧٩٨).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٧).

على ثلاثة أقسام: **أحدهما**: أن تكون رشوة فيجب ردها على باذلها، فإن ردها قبل الحكم نفذ حكمه، وإن ردها نفذ الحكم، فإن كان حكمه على الباذل نفذ حكمه، وإن كان حكمه لباذل ففي نفوذه وجهان: **أحدهما**: ينفذ إذا وافق الحكم كما ينفذ حكمه للصديق، **والثاني**: لا ينفذ كما لا ينفذ للولد للتهمة بالمماثلة.

والثاني: أن تكون الهدية جزاءً لتأخرها عن الحكم فيجب ردها على مهديها والحكم معها نافذ سواء كان الحكم للباذل أو عليه.

والثالث: أن تخرج الهدية عن الرشوة والجزاء لابتداء المهدي بها تبرعاً فلا يتملكها القاضي لخطرها [١٢/٥٩ب] وفيه وجهان: **أحدهما**: ترد على مهديها لفسادها، **والثاني**: توضع في بيت المال لبذلها طوعاً لغائب المسلمين.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[(١)]: روى عبد الله بن أبي جعفر عن خالد بن أبي عمران بن القاسم عن أبي أمية أن النبي ﷺ قال: «من شفع لأحد شفاعة فأهدى له هدية عليها فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربى»[(٢)]، وهذا وإن كان مرسلاً فيستظهر في الاستدلال به على ما يوجبه حكم الأصول فيقول: مهاداة الشافع تعتبر بشفاعته وهي على ثلاثة أقسام: **أحدهما**: أن يشفع في محظور من إسقاط حق أو معونة على ظلم هو في الشفاعة ظالم ويقول: الهدية عليها آثم.

والثاني: أن يشفع في حق يجب عليه القيام به فالشفاعة مستحقة عليه والهدية محظورة لأن لوازم الحقوق لا يستعجل عليها.

والثالث: أن يشفع في ما لا يلزمه فهو بالشفاعة محسن لما فيه من التعاون قال رسول الله ﷺ: «اشفعوا إليَّ ويقضي الله على لسان رسوله ما يشاء»[(٣)]، وللهدية على هذه الشفاعة ثلاثة أحوال: **أحدهما**: أن يشترطها الشارط وقبولها محظور عليه لأنه يستعجل على الإحسان، والثانية أن يقول المهدي: هذه الهدية جزاء على شفاعتك فقبولها محظور عليه كما لو شرطها، [١٢/ ٦٠أ] والثالثة أن يمسك الشافع عن اشتراطها ويمسك المهدي عن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٧).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢١٧٤٨).

(٣) أخرج نحوه البخاري في التوحيد، باب في المشيئة والإرادة (٧٤٧٦)، وأحمد في «مسنده» (١٩١٦٨).

الجزاء بها فإن كان مهادياً كره، وإن لم يحرم فإن كافأه عليها لم يكره القبول.

مسألة: قال: وإذا حضر مسافرون ومقيمون فإن كان المسافرون قليلاً فلا بأس أن يبدأ بهم[١].

الفصل

إذا اجتمع المسافرون والمقيمون في باب القاضي فإن كان المسافرون قليلاً فلا بأس أن يبدأ بهم لأنه ربما يفوتهم السفر والرفقة، والمقيمون لا يفوتهم شيء وقد وضع الله عنهم الصوم وشطر الصلاة رفقاً بهم فلذلك تجوز البداية بهم للرفق بهم.

فرع

قال في «الحاوي»: وهل يعتبر استطابة نفوس المقيمين؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يعتبر ويجوز للقاضي أن يقدمهم وإن كره المقيمون لدخول الضرر على المسافرين دون المقيمين، والثاني يعتبر حتى إن امتنعوا لم يجبرهم لاستحقاق التقدم بالسبق والأصح الوجه الأول وهو المذهب.

فرع آخر

قال في «الأم»: وإن جعل لهم يوماً بقدر ما يضر بأهل البلد ويرفق بالمسافرين فلا بأس.

فرع آخر

وإن كثر المسافرون حتى ساووا أهل البلد آسى بينهم أي سوى بينهم مخافة الضرر والخلاف، قال في «الأم»: كان لهم حق ولا يجوز إضاعة الحق.

فرع آخر

لو كثروا كما في أيام الموسم فإن كان اليوم الواحد يتسع للنظر بين المقيمين والمسافرين [١٢/ ٦٠ب] جعل للمقيمين فيه وقتاً وللمسافرين فيه وقتاً، فإن استوى الفريقان سوي بين الفريقين، وإن تفاضل فاضل في الوقتين، وإن كان اليوم الواحد لا يتسع جعل للمسافرين يوماً وللمقيمين يوماً إن تساووا، وإن تفاضلوا فاضل بينهم في الأيام وينبغي أن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٨).

يخص المسافرين بالمجلس الأول إن لم يضر بالمقيمين إما إجبار أو باستطابة نفوسهم على الوجهين، وإن استضر به المقيمون أقرع بينهم في المجلس الأول لأنه ليس فيه سبق يعتبر فعدل فيه إلى القرعة.

مسألة: قال: ولا يقدم رجلاً جاء قبل رجل[1].

الفصل

قال أصحابنا: إذا كان يوم القضاء فالحاكم يجب أن يُقعِد أمينه على بابه حتى يكتب أسماء الخصوم الأول فالأول فإذا جاء القاضي نظر في الرقعة وينظر بين الأسبق فالأسبق إذا كانوا مقيمين في البلد لأنه لا يمكن النظر بين جماعتهم في رقعة فلا بد من تقديم بعضهم فكان تقديم الأسبق أولى كما قلنا في المياه المباحة والاعتبار بسبق المدعي لا بالمدعي عليه.

فرع

ينبغي أن يكون الذي يتولى إثبات أسمائهم فهماً أميناً فطناً، ويثبت في كل اسم الطالب اسم أبيه وجده وقبيلته وصناعته، وقال بعض أصحابنا: يثبت معه في الرقعة اسم المطلوب وهذا لا معنى له لأن الحق في الإثبات للطالب [١٢/٦١أ] دون المطلوب ولأن الطالب لو قال: أريد أن أحاكم غيره في هذا المجلس لم يمنع.

فرع آخر

إذا أريد إحضاره عند خروج رقعته نودي باسمه وحده دون اسم أبيه وجده، فإذا حضر سأله القاضي عن اسمه واسم أبيه وجده، فإن وافق ما في الرقعة نظر بينه وبين خصمه، وإن خالف قال له: ليست هذه رقعتك فانصرف حتى يحضر صاحبها ونودي مرة ثانية حتى يحضر من هو صاحبها ثم نودي مرة ثالثة فإن لم يحضر أخرج رقعة غيره، فإن حضر صاحب الرقعة الأولى وصاحب الرقعة الثانية فإن كان حضوره قبل الشروع في النظر بين الثاني وخصمه قدم الأول عليه وشرع في النظر ولم يقطع واستوفاه ثم نظر الأول بعده.

فرع آخر

لو جاؤوا دفعة واحدة أو لم يمكن ضبط ذلك لكثرتهم، فإن رضوا بتقديم واحد منهم

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٨٩).

قدم، وإن تشاجبوا أقرع بينهم فيكتب أسماءهم في رقاع ويتركها بين يديه ثم إذا أراد أن يحكم أخذ واحدة فمن خرج اسمه نظر بينه وبين خصمه وكذلك فعل في الثاني والثالث ولا حاجة فيه إلى الاحتياط الذي يفعل في قسمة الأموال من الإدراج في البنادق وغير ذلك لأن هذا أسهل.

فرع آخر

لو أن القاضي استناب في إخراج هذه الرقاع وفي الإقراع من يثق [١٢/ ٦١ب] بعقله وفطنته جاز وكان أبلغ في صيانته.

فرع آخر

لو كان المسبوق مريضاً يستضر بالصبر فقد عذره الله تعالى في حقوقه بالرخص، فإن عذره الآدميون في تقديمه على أنفسهم كان أولى بهم، وإن شاحّوه قدمه القاضي إن كان مطلوباً، ولم يقدمه إن كان طالباً لأن المطلوب مجبر والطالب مخير.

فرع آخر

إذا نظر بين الأسبق وبين خصمه لا ينظر إلا في خصومة واحدة وإن كان له خصومة أخرى لا ينظر فيها ونظر في خصومة من يليه لئلا يؤدي إلى فوت حق الباقين، وقال في «الحاوي»: لو ادعى دعوى ثانية على الخصم الأول هل تسمع بسبقه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: تسمع لأنها مع خصم واحد، والثاني لا تسمع لأنها في محاكمة أخرى.

فرع آخر

لو كان في آخر المجلس ولم يكن بعده خصم جاز للحاكم أن يصغي إلى خصومته الثانية، والثالثة لأنه لا ضرر فيه على أحد إن لم يلحق القاضي ملل.

فرع آخر

لو أن المدعى عليه بعد انبرام الحكم معه استأنف دعوى على المدعي فإن لم يكن اسمه ثابتاً في رقعة المدعي لم يسمعها، وإن كان اسمه ثابتاً في رقعة المدعي ففيه وجهان: **أحدهما**: تسمع دعواه بهذا السبق وهو قول من يرى إثبات اسمه في رقعة المدعي، **والثاني**: لا يسمعها إلا في مجلس آخر وهو الأصح لأن اسمه فيها [١٢/ ٦٢أ] لم يثبت لحقه بل لحق غيره ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو كان المدعي السابق ادعى على اثنين معاً في حالة واحدة فإن كانت الدعوى مختلفة لم يسمع إلا على واحد، وإن كانت الدعوى واحدة كادعائه ابتياع دار منهما جاز لأنها محاكمة واحدة بين طالب ومطلوبين.

فرع آخر

لو اجتمع اثنان في الدعوى على واحد فإن اختلفت دعواهما لم تسمع إلا من **أحدهما**: وإن لم تختلف دعواهما لادعائهما ميراثاً بينهما جاز أن يسمع دعواهما عليه لأنها محاكمة واحدة بين طالب ومطلوب.

فرع آخر

لو كانت الدعاوي على واحد تسمع عليه دعوى الجماعة واحداً بعد واحدٍ لأن الحكم حق المدعي دون المدعى عليه والمدعي جماعة. وكذلك لو ادعى المدعي الثاني على المدعي الأول نظر الحاكم بينهما أيضاً.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو أراد الحاكم أن يقدم واحداً من غير قرعة لغرض مثل المرأة تقدم على الرجال جاز.

فرع آخر

لو تقدم اثنان إلى حاكم فادعى **أحدهما**: على الآخر فقال المدعى عليه: أيها الحاكم أنا جئت به وأنا المدعي، فإن الحاكم يقول له: قد سبقك بالدعوى، ويمكن أن يكون الآخر صادقاً فيما ذكره، ويمكن أن يكون كاذباً فلم يسقط حق السبق بأمر محتمل فينظر الحاكم في خصومة الأول، فإذا فرغ منها نظر في خصومة المدعى عليه.

فرع آخر

لو جاء رجلان [١٢/ ٦٢ب] فحضرا بين يدي الحاكم وادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه هو الذي جاء به ليدعي عليه، حكى ابن المنذر في هذا مذاهب فقال: من الناس من قال: يقرع بينهما، ومنهم من قال: يقدم الحاكم من شاء منهما، ومنهم من قال: يصرفهما حتى يصطلحا ثم يعودا، وقيل: بعد التحليف يقدم من شاء ولا نص للشافعي رضي الله عنه فيه، وقال أصحابنا: مذهبنا الأول كما لو جاء مدعيان في حالة واحدة يقرع بينهما لتساويهما.

فرع آخر

لو كان لجماعة حق على رجل فوكلوا رجلاً فقدمه إلى القاضي وطالبه بحقوقهم فأنكر فلا يجوز أن يستحلفه القاضي يميناً واحدة بجماعتهم لأن لكل واحد منهم حق الاستحلاف، وحقوق الجماعة لا تتداخل فإن رضى الجماعة أن يستحلفوه يميناً واحدة ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز لأنهم لو أقاموا بينة واحدة ثبت حق جماعتهم بها فجاز أن يسقط المدعى عليه دعواهم أيضاً بيمين واحدة، والثاني وهو المذهب لا يجوز لأن القصد من اليمين الردع والزجر وعند الجمع لا يحصل ذلك، وإن حصل الرضا كما لو رضيت المرأة أن يحلف الزوج دفعة واحدة في اللعان لا يجوز ذلك، ولأن اليمين حجة في حق الواحد، فإذا رضي بها في حق الاثنين صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة والحجة [١٢/ ٦٢ب] الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضي أن يحكم عليه بشاهد واحد لم يجز، وقال بعض أصحابنا بخراسان: وجه أن للحاكم أن يفعل ذلك من غير الرضى وهذا ليس بشيء، وحكى الاصطخري أن إسماعيل بن إسحاق القاضي حلف رجلاً بحق رجلين يميناً واحدة فخطأه أهل عصره.

فرع آخر

إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم لزمه أن يستدعيه سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية وقال مالك: لا يعدى عليه إلا أن يعلم أن بينهما معاملة وهو رواية عن أحمد، واحتج بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يعديه الحاكم على خصمه حتى يعلم أن بينهما معاملة ولأن في أعدائه على كل من استعدى عليه تبذلاً لأهل المرؤة فلا يجوز ذلك إلا بسبب ظاهر، وهذا لا يصح لأنه يؤدي إلى الإضرار بالناس لأنه قد يستحق عليه بغصب أو وديعة أو إعارة وغير ذلك وإن لم يكن بينهما معاملة، فإذا لم يعد عليه سقط حقه، وأما ما ذكره فلا يصح لأنه مقابل بما ذكرناه أنه يؤدي إلى إسقاط الحقوق. ثم لا بد له في مجلس الحكم لأن عمر رضي الله عنه حضر عند زيد بن ثابت وعلياً رضي الله عنه حضر عند شريح.

وقال ابن سريج: إذا كان من أهل الصيانات استدعاه الحاكم إلى داره [١٢/ ٦٣ب] وحكم بينه وبين خصمه فلا يحصل بذلك بذله.

مسألة: قال: وينبغي للإمام أن يجعل مع رزق القاضي شيئاً لقراطيسه[١].

الفصل

قد ذكرنا أنه ينبغي للإمام أن يجعل للحاكم رزقاً من بيت المال لأن منفعته مشغولة بمصالح المسلمين كالمرابطين الخلفاء الراشدون على الخلافة لانقطاعهم بها عن المكاسب وهذا الرزق جعالة لا أجرة ومتى وجد الإمام متطوعاً بالقضاء لم يجز أن يعطى على القضاء رزقاً والأولى إذا استغنى عن الرزق أن يتطوع بعمله لله تعالى التماس ثوابه، وإن استباح أخذه مع الحاجة والغنى ورزقه مقدر بالكفاية مع غير سرف ولا تقتير، وكذلك انفاق أعوانه من كاتب وحاجب وقاسم وسجان. ويستحب أن يجعل له مع ذلك شيأً يشتري به القراطيس التي يكتب فيها المحاضر والسجلات لأن ذلك من مصالح المسلمين وفه تذكر للحجج وحفظ لما عسى ينساه فهو كأجرة الكيال والوزان فإن لم يفعل الإمام ذلك، أو لم يكن في بيت المال شيء فإنه يكون على المحكوم له فإن جاء بقرطاس كتب له الحاكم المحضر والسجل لأن الحق في ذلك له فإن لم يفعل لم يكن عليه ولا يلزم الحاكم أن يبذل القرطاس من عنده وليس له إكراه [١٢/ ٦٤أ] المدعي على ذلك لأنه لوثيقة حقه فمن المحال إكراهه عليه، فإذا تقرر قال في المختصر: فإن لم يفعل قال للطالب: إن شئت فأت بصحيفة يكتب فيها شهادة شاهديك وكتاب خصومتك ولا اكرهك ولا أقبل إن شهد لك شاهد بلا كتاب فانسى شهادته وذكر في «الأم» هذا الفصل وقال: يقول القاضي للطالب: إن شئت جئت بصحيفة لشهادة شاهديك وكتاب خصومتك وإلا لم أكرهك ولم أقبل منك أن يشهد عندي شاهد الساعة بلا كتاب وأنسي شهادته فاختلف أصحابنا في تأويل المسألة قال ابن العاص وغيره: قد قيل: معناه أن يكون لرجل على رجل حق مؤجل فأقام صاحب الحق أن يغيب فأقام الشهود على الذي عليه الحق لكي يحكم الحاكم عليه وقت حلول الحق لا يقبل الحاكم ذلك ولا يسمع الشهادة إلا بكتاب فيه ذكر الشهود عليه والشهادة ومبلغ الحق وأسماء الشهود لأنه قد ينسى ذلك الوقت وليس به إلا قبول الشهادة في الحال ضرورة لأنه ليس وقت الحكم، وقال بعض أصحابنا: صورة المسألة هذه ولكن قوله وأنسي شهادته من النسيان فكأنه قال: إن لم يكن كتاب بما سمعت من شهادتك أو حكمت لك ثم جئتني بعد ذلك تطالبني بإمضاء ما حكمت [١٢/ ٦٤ب] لك به والحكم بما سمعت من شهادتك لم أفعل إلا أن يكون كتاب في يدك أتذكر به فإن قيل: لو شهد شاهد مع الكتاب والقاضي نسي

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٩٢).

شهادته لا يجوز أن يقبل ويقضي فما معنى قوله بلا كتاب؟ قلنا: فائدة ذكر الكتاب الأمن من النسيان لأن الكتاب لو كان مكتوباً فالقاضي يطالبه والخصم يعرض عليه فكان لا ينسى فمعنى قوله: ولا أقبل أن يشهد لك شاهد بلا كتاب أي بلا ذكرى بسبب الكتاب فلما كان الكتاب بسبب الذكر وضعه موضع الذكرى. قال القاضي الطبري: وهذا ليس بشيء لأن معنى قوله: وأنسى شهادته معناه: أؤخر شهادته ولهذا نقله المزني وأنسى بالألف لا بالياء فدل على أنه من التأخير وليس من النسيان، وقد بينه في «الأم» فقال: ولم أقبل منك إن شهد عندي شاهد الساعة بلا كتاب وأنسى شهادته، ويدل على هذا أنه إذا أنسي لم يحكم بالكتاب وإنما حكم بما يذكره فليس التأويل إلا الأول وهو ظاهر لمن تأمل كلام الشافعي رضي الله عنه في «الأم». ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة أن الحاكم إذا حكم لرجل بشيء يقول للمحكوم له: آتني بصحيفة لأكتب لك فيها ذلك فلا أنسى فإني إذا نسيت لا يفيد حكمي وليس معناه لا يحكم له حتى يأتي بالكاغد [١٢/ ٦٥أ] ولكن يقدم إليه العذر. فإن كان القاضي بحيث لا يمكنه حفظ شهادة شاهد إلى أن يشهد الآخر بل يلتبس عليه لفظه ومقتضى شهادته فحينئذٍ لا يسمع شهادته إلا أن يكون هناك كاغد يكتب عليه، وقال أبو حامد وأكثر أصحابنا: هذا هو الصحيح في الفقه، لأن الشافعي ذكر هذه المسألة في «الأم» على خلاف نقل المزني وقال: آتني بالصحيفة لشهادة شاهدين يعني لأكتب فيها شهادة شاهديك فالمزني حرف ذلك ونقل: آتني بصحيفة فيها شهادة شاهديك والصحيح هذا ومن ناقل كلامه في «الأم» عرف حقيقته، وقال في «الحاوي»: اختلف أصحابنا في تأويله على وجهين **أحدهما**: يكتب فيه فاحكم له بالشهادة، والثاني يكتب فيه الشهادة ليحكم بها فمن ذهب إلى التأويل الأول منع من سماع الشهادة قبل إنكار الخصم ومن ذهب إلى التأويل الثاني جوز سماع الشهادة قبل إنكار الخصم.

فرع آخر

إذا تعذر رزق القاضي من بيت المال وأراد أن يرتزق من الخصوم فقد ذكرناه[١].

وقال في «الحاوي»: إن لم يقطعه النظر عن اكتساب المادة إما لفنائه بما يستمده، وإما لقلة المحاكمات التي لا تمنعه من الاكتساب لم يجز أن يرتزق من الخصوم، وإن كان يقطعه النظر عن اكتساب المادة مع صدق الحاجة جاز له الارتزاق منهم [١٢/ ٦٥ب] بثمانية شروط: **أحدهما**: أن يعلم به الخصمان عند التحاكم إليه فإن لم يعلما به إلا بعد التحاكم لم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٩٣).

يجز أن يرتزق منهما، **والثاني**: أن يكون رزقه على الطالب دون المطلوب، **والثالث**: أن يكون عن إذن الإمام لتوجه الحق عليه ولا يجوز بغير إذن الإمام، **والرابع**: أن لا يجد الإمام متطوعاً، **والخامس**: أن يعجز الإمام عن دفع رزقه، **والسادس**: أن يكون ما يرتزقه من الخصوم غير مؤثر عليهم ولا مضر لهم، **والسابع**: أن لا يستزيد على قدر حاجته، **والثامن**: أن يكون قدر المأخوذ مشهوراً يتساوى فيه جميع الخصوم، وإن تفاضلوا في المطالبات لأنه يأخذه على زمان النظر فلم يعتبر بمقادير الحقوق، فإن فاضل بينهم لم يجز إلا أن يتفاضلوا في الزمان.

واعلم أن في مثل هذا مضرة تدخل على جميع المسلمين ولئن جازت في الضرورات فواجب على الإمام وكافة المسلمين أن يزال مع الإمكان لنا أن يتطوع منهم بالقضاء من يكون من أهله، وإما أن يقام لهذا بكفاية فيسقط رزقه على أهل البلد لأنه لما كان ولاية القضاء من فروض الكفايات كان رزق القاضي بمثابة ولايته. ولو اجتمع أهل البلد عند إعواز [١٢/٦٦أ] بيت المال على أن جعلوا للقاضي من أموالهم رزقاً داراً جاز وكان أولى من أن يأخذ من أعيان الخصوم.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[1]: إذا تحاكم الخصمان فلهما حالتان: **إحداهما**: أن يسألاه الكتبة، **والثانية**: أن لا يسألاه، فإن لم يسألاه إياها كان القاضي مندوباً إلى إثبات محاكمتهما في ديوانه مشروحة بما انفصلت عليه من التزام أو إسقاط احتياطاً للمتحاكمين ووجوب ذلك معتبر بالحكم، فإن كان بما استوفى وقبض لم يجب عليه إثباته وكان ثابتاً مستظهراً، وإن كان فيما لم يقبض ولم يستوفِه، فإن كانت الحالة مشهورة لا تنسى مثلما لم يجب إثباتها إلا استظهاراً، وإن جاز أن ينسى مثلها وجب عليه إثباتها ليتذكر بخطه ما حكم وألزم لأنه كفيل بحفظ الحقوق على أهلها فالتزم بذلك ما يؤول إلى حفظها، وإن سأله الخصم أن يكتب له ما حكم به ليكون حجة بيده فالذي يكتب القاضي كتابان محضر وسجل، والمحضر حكاية الحال، والسجل حكاية المحضر مع زيادة إنفاذ الحكم به والذي يشتمل عليه المحضر من حكاية الحال يتضمن أربعة فصول صفة الدعوى بعد تسمية المدعي والمدعى عليه والثاني ما يعقبها من جواب المدعي عليه من الإقرار والإنكار، والثالث حكاية شهادة الشهود على وجهها، فإن حكى شهادة أحدهما: وأنّ الآخر شهد [١٢/٦٦ب]

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٩٤).

بمثل شهادته جاز بخلاف ما لو قاله الشاهد في أدائه ويكره في المحضر ذلك لمنعنا منه في الأداء، والرابع ذكر التاريخ في يوم من شهره وسنته، ولو ضم إليه ذكر ما أداه الشهود من تاريخ التحمل كان حسناً، وإن تركه قضاة زماننا، وأما السجل يتضمن ستة فصول: **أحدهما**: تصديره بحكاية شهادة القاضي بجميع ما فيه، **والثاني**: حكاية جميع ما تضمنه المحضر من الفصول الأربعة، **والثالث**: حكاية إمهال القاضي المشهود عليه ليأتي بحجة الدفع فعجز ولم يأتِ، **والرابع**: إمضاء الحكم للمشهود له وإلزامه للمشهود عليه بعد مسألة الحاكم، **والخامس**: إشهاد القاضي على نفسه بما حكم، **والسادس**: تأريخ يوم الحكم ثم جعله نسختين وأشهد فيهما على نفسه وسلم أحدهما: إليه ووضع الآخر في ديوانه.

فرع آخر

في تسمية الشهود الذين حاكم بشهادتهم في المحضر والسجل قال أكثر أهل العراق: ترك تسميتهم أولى وهو أحوط للمشهود له واختاره الأصطخري، وقال أكثر أهل الحجاز تسميتهم أولى وهو أحوط للمشهود عليه لعله يقدر على جرحهم اختاره ابن سريح.

فرع آخر

لوأن القاضي عدل عن كتب السجل إلى أن زاد في الخصمين إنفاذ حكمه وأمضاه بعد إمهال المشهود عليه بما يدفع به الشهادة قال: [١٢/ ٦٧أ] وأشهد على نفسه جاز.

مسألة: فإن قبل الشهادة من غير محضر خصم فلا بأس[١].

قد ذكرنا هذه المسألة وذكر في «الأم» أن لا يقبل القاضي شهادة الشاهد إلا بمحضر من الخصم المشهود عليه، فإن قبلها بغير محضر فلا بأس ولا يختلف فيه أصحابنا ولكن إذا سمع الشهادة فإن كان الخصم غائباً أو متوارياً في البلد حكم عليه بلا خلاف، وإن كان حاضراً غير مستتر إذا دعاه أجابه قد ذكرنا في الحكم عليه وجهين: **أحدهما**: يحكم وبه قال ابن شبرمة وأحمد وإسحاق، قال ابن شبرمة: أحكم عليه ولو كان وراء الجدار وهذا لأن البينة ثبتت، فإن كان له حجة تزيل بينتها سمعها وأنقض الحكم، والثاني وهو ظاهر المذهب واختاره أبو إسحاق لا يحكم بها إلا بعد حضوره لأنه ربما كانت عنده حجة تزيل عن نفسه شهادة خصمه ولا ضرر في تأخير الحكم إلى وقت حضوره ويجوز تأخير الحكم مدة لا يلحقه الضرر كاليوم واليومين والثلاثة أكثره، فإن لم يأتِ بالحجة حكم عليه، فإن قيل: إذا

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٩٦).

كنت تسمع حرجه بعد الحكم فلا فائدة في تأخير الحكم من أجله قلنا: قال أبو إسحاق: فيه فائدة أنه إذا أتى بشهادة على فسق الشهود، فإن كان قبل الحكم لم يحكم بها وإن كان بعد الحكم لم ينقضه لجواز أن يكون حدث الفسق بعد الحكم، وقد ذكرنا عن القفال [١٢/ ٦٧ب] أنه قال: هل يسمع البينة من غير حضوره؟ فيه وجهان والصحيح ما ذكرنا أنه لا خلاف في جواز سماع البينة ولو كان غائباً عن الحكم حاضراً في مجلسه لا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره وإعلامه بلا خلاف لأنه لا ضرورة، ذكره في «الحاوي» وقال مالك: يجوز القضاء على الغائب فيما ينقل ولا يجوز فيما لا ينقل من العقار حكاه صاحب «الحاوي»، ثم قال الشافعي: وينبغي إذا حضر أن يقرأ عليه ما شهدوا به عليه ونسخه أسمائهم وأنسابهم ويطرده جرحهم ثم إن لم يأتِ حكم عليه ومعنى قوله يطرده جرحهم أي يمهله والجرح إن أمكنه ذلك.

مسألة: قال وإذا علم من رجل بإقراره أو بيقين أنه شهد عنده بزور عزّره[١].

الفصل

أراد بيقين سوى الإقرار، وجملته أن شهادة الزور من أكبر الكبائر قال رسول الله ﷺ كالإشراك بالله قاله ثلاثاً ثم تلا قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [الحج: الآية ٣٠] وروى خريم بن فاتك أن النبي ﷺ قال: أعدلت شهادة الزور بالإشراك ثلاث مرات وتلا هذه الآية[٢]. فإذا ثبت عند الحاكم أن شاهداً شهد بزور عزره وأشهره [١٢/ ٦٨أ] وإنما يثبت على رجل بالقتل أو الزنا والحاكم يعلم أنه ما قتل ولا زنا إذ كذبته المشاهدة أن يشهد بقطع يد رجل ثم وجدنا يديه صحيحتين ونحو ذلك، وأما إذا شهد شاهدان أنه أقر بأنه شهد بزور لا يثبت بذلك شهادة الزور عليه لجواز أن يكونا كذبا في شهادتهما عليه، وإن قالا: نشهد أنه كاذب في شهادته لا يقبل لأنهما ينفيان أن يكون هذا الحق ثابتاً والشهادة على النفي تقبل ولا يؤثر هذا في القضاء بعد القضاء، ولكن لو أقيمت الشهادة بذلك قبل القضاء لم يقضِ القاضي بتلك الشهادة فأما إذا كذبته المشاهدة فلا بد من نقض الحكم بلا إشكال.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٣١٩).

(٢) أخرجه الترمذي في الشهادات عن رسول الله، باب ما جاء في شهادة الزور (٢٣٠٠). وأبو داود في الأقضية، باب في شهادة الزور (٣٥٩٩)، وابن ماجه في الأحكام، باب شهادة الزور (٢٣٧٢) وأحمد في «مسنده» (١٨٤٢٣).

والأصل في تعزيره إذا تحققنا منه بما ذكرنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يجلد شاهد الزور أربعين وروى ابن المنذر أن عمر رضي الله عنه جلد شاهد الزور أربعين سوطاً[(١)]، وروي أنه أتى بشاهد زور فوقفه للناس يوماً إلى الليل يقول: هذا فلان شهد بزور فاعرفوه ثم حبسه[(٢)]، وروي أنه ظهر على شاهد زور فضربه أحد عشر سوطاً ثم قال: لا تأسروا الناس بشهود الزور فإنه لا تقبل من الشهود إلا العدل[(٣)]، وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان إذا أخذ شاهد زور بعث به إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه وعرفوه، ثم خلى سبيله[(٤)] لأنه أتى [١٢/٦٨ب] بكبيرة لا يجب فيها الحد فاستحق التعزير والأمر في التعزير عندنا مردود إلى اجتهاد الإمام، فإن رأى أن يضر به أقل من أقل الحدود وهو دون أربعين نفا به تعزيره تسعة وثلاثون سوطاً، وإن رأى أن يحبسه مع ذلك فعل، وإن رأى أن لا أضر به لأنه شيخ ضعيف ويحبسه فعل ذلك، وإن رأى أن ينادى عليه فقط فعل ذلك، وقال مالك رحمه الله: يجوز أن يزيد في تعزيره على أكثر الحدود وقال ابن أبي ليلى لا يبلغ بها المئة ويجوز ما دونها، وقال أبو يوسف: يجوز ما دون الثمانين. والأصل في تشهيره والنداء عليه ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «اذكروا الفاجر بما فيه لكي يعرفه الناس»[(٥)]. وروي: لكي يعذره الناس، ولأنه إذا شهره يجتنبه الناس وحذروه وإذا لم يفعل ذلك ربما اغتروا به. وكيفية التشهير أن يبعث معه ثقة إلى المواضع التي يعرف فيها فإن كان من أهل الأسواق ففي سوقه، وإن كان من أهل المساجد ففي مسجده قال الشافعي رحمه الله عليه: وإن كان من قبيل وقف في قبيلة، وإن كان من قبيلة في قبيلته والفرق بين القبيلة والقبيل أن القبيلة بنو الأب الواحد والقبيل الأخلاط المجتمعون من آباء شتى فيقول المنادي: السلام عليكم هذا فلان ابن فلان [١٢/٦٩أ] قد عرفناه بشهادة الزور فاعرفوه، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يعزر بل تكفي الشهرة، ذكره الطحاوي والمشهور أنه لا يعزر ولا يشهر ولا يجوز أن يزد على ما ذكرنا فلا يسوّد وجهه ولا يحلق رأسه ولا ببلاءه بذلك على نفسه، وقال شريح: يجوز أن يفعل كل ذلك في شهرته، وروي أنه قال: يركب حماراً وينادي على نفسه هذا جزاء من شهد بالزور، وقال بعض العلماء: يحلق نصف رأسه، وقد روي عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه أمر

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٨٠) (١٠/١٤١).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧٨) (١٠/١٤١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧٩) (١٠/١٤١).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٨٢) (١٠/١٤٢).

(٥) أخرج نحوه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٧٠٣) (١٠/٢١٠).

حلق نصف رأسه وتسخيم وجهه والطواف به في الأسواق والذي شهد له معه، ودليلنا أن النبي ﷺ: «نهى عن المثلة»[١] وهذه مثلة.

فرع

لو كان من ذوي الصيانات قال ابن أبي هريرة: يصان عن هذا النداء ويقتصر فيه على إشاعة أمره لقوله ﷺ: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم»[٢]، وقال غيره من أصحابنا لا فرق بين ذوي الصيانه وغيرهم لأن الصيانة قد خرج منها بزوره.

فرع آخر

إذا ظهر أنه شاهد زور يقضى بفسقه فلا تسمع له شهادة من أحد ما لم يتب، فإن تاب وأمسك حتى يستمر عليها ويتحقق صدق معتقده فيها تقبل شهادته.

فرع آخر

هل ينادى بعد توبته بقبول شهادته؟ فيه وجهان: **أحدهما**: ينادي بها كما نودي بفسقه **والثاني**: لا ينادي بها [١٢/ ٦٩ب] لأن ظهور التوبة بأفعاله أقوى ولأن في النداء بذله.

فرع آخر

إذا شهد بالخطأ لم تكن شهادة زور ولكن يُوبَّخ عليها لتسرعه إلى الشهادة قبل تحققها، فإن كثر ذلك منه ردت شهادته، وإن كان على عدالته بعد الثقة بها.

فرع آخر

لو شهد شاهدان بحق ثم بان أنهما كانا فاسقين ترد شهادتهما ولا يتصل بهما شيء مما ذكرنا لأنه لا يقطع على كذبهما، وإنما ردت شهادتهما للفسق لا للكذب.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه ينبغي للقاضي إذا لم يثق بسلامة الشهود مما ذكرا أن يقدم وعظهم وتحذيرهم فقد كان شريح رحمه الله تعالى إذا حضره شاهدان للشهادة قال لهما: حضرتما

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي، باب قصة عكل وعرينة (٤١٩٢)، والنسائي في تحريم الدم، باب النهي عن المثلة (٤٠٤٧) وأبو داود في الجهاد، باب في النهي عن المثلة (٢٦٦٧)، وأحمد في «مسنده» (١٧٦٨٦).

(٢) تقدم تخريجه.

ولم أستدعكما، وإن انصرفتما لم أمنعكما، وإن قلتما: سمعت فاتقيا الله فإني متق بكما.

مسألة: قال: واختلف قوله في الخصم يقر عند القاضي فقال: فيها قولان[١]:

الفصل

اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في القاضي إذا علم شيئاً ولم يشهد عنده به شهود هل يجوز أن يقضي بعلمه؟ فقال في أحد القولين: لا يجوز سواء كان في حقوق الله تعالى أو حقوق الآدميين وسواء علمه قبل القضاء أو بعده ولكن يكون شاهداً به يشهد غيره وقول الشافعي أحد القولين أنه كشاهد لم يرد به أن شاهداً آخر لو شهد عند القاضي صار الحاكم كالشاهد الثاني حين يقضي ولكن المراد به ما ذكرنا [١٢/ ٧٠أ] أنه عند قاضٍ آخر كشاهد حتى لو شهد معه الشاهد الثاني قضى ذلك القاضي وبه قال شريح والشعبي ومالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق ومحمد بن الحسين وأبو عبيد.

والقول الثاني: قاله في «الأم»: يجوز أن يحكم بعلمه واختاره في كتاب «الرسالة» وهو اختيار المزني وبه قال أبو يوسف والربيع: وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يعلم في ولايته أو في موضع عمله أو غيره وقال أبوحنيفة: إن علم قبل ولايته يحكم، وكذلك إن علمه في غير موضع عمله، وإن كان في عمله بعد ولايته حكم به، وروي عن محمد مثله وروي عن ابن أبي ليلى أنه قال: يحكم بما علمه في مجلسه وقضائه ولا يحكم بما علمه في غيره ووجه القول الأول ما روي أن النبي ﷺ قال: في قصة الحضرمي والكندي شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا ذاك[٢]، وروى عن عمر رضي الله عنه: أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما: أنت شاهدي فقال: «إن شئت شهدت لك ولا أحكم، أو أحكم ولا أشهد»[٣]. وروي أن عمر قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما: أرأيت لو رأيت رجلاً قتل أو سرق أو زنا قال: شهادتك شهادة رجل من المسلمين قال: أصبت[٤] وسئل الشعبي عن رجل كانت عنده شهادة فجعل قاضياً فقال أتي شريح: في ذلك [١٢/ ٧٠ب] فقال: أنت الأمير. وأنا شاهداك وقال شريح: القضاء جمر فادفع الجمر عنك بعودين. ووجه القول الثاني ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: لا يمنعن أحدكم مخافة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٣٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ١٠٢).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٩٣) (١٠/ ١٤٤).

الناس إذا رأى الحق يقوم به ويعمل به قال أبو سعيد: وددت أني لم اسمع هذا الخبر من رسول الله ﷺ وروي «لا يمنعن أحدكم هيبة الناس أن يقول الحق إذا رآه أو سمعه»[١]، وروي أو علمه. وروي أنه قال: في خطبته ولا يمنعكم مخافة الناس من أنفسكم أن تقولوا بالحق إذا علمتم، وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم مخافة أن يتكلم بحق إن علمه فما زال البلاء حتى قصرنا»[٢]، وروى سعد بن الأطول: أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالا فأردت أن أنفقها على عياله فقال النبي ﷺ: «إن أخاك محبوس بدين فاقض عنه» فقضى عنه فقال يا رسول الله: أديت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأته ليس لها بينة فقال: «أعطها فإنها صادقة وطاهرة»[٣] إنه حكم لها بعلمه، وروى أبو بردة بن أبي موسى عن أبيه قال: كنت جالسا مع رسول الله ﷺ فأتاه رجلان فقال أحدهما: يا رسول الله إن لي عند هذا بعير، وقال الآخر: ليس له عندي بعير فقال: استحلفه فحلف بالله [١٢/ ٧١أ] الذي لا إله ألا هو وما له عندي بعير فقال رسول الله ﷺ: كفر قولك لا إله إلا الله قم بأداء البعير فإنه عندك»[٤]، وروى أبو داوود بإسناده عن عمارة بن خزين عن عمر «أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي فاستتبعه النبي ﷺ ليقبضه ثمن فرسه فأسرع النبي ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومون الفرس ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه فنادى الأعرابي النبي ﷺ فقال: إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته فقام النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي فقال: أو ليس قد ابتعته منك فقال الأعرابي: لا والله ما بعتك فقال النبي ﷺ: قد اتبعته منك فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيداً فقال خزيمة: أشهد أنك بعته فأقبل النبي ﷺ فقال: بم تشهد فقال: بتصديقك يا رسول الله. فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة شهادة رجلين»[٥]، ووجه الحديث عندنا أنه ﷺ حكم على الأعرابي بعلمهما إذ كان ﷺ صادقا باراً في قوله وجرت شهادة خزيمة في ذلك مجرى التوكيد لقوله: والاستظهار بها على خصمه وغلط من قال: تجوز الشهادة لمن عرفت صدقه لهذا الخبر، وروي «أن البائع كان سوار بن الحارث المحاربي فجحد [١٢/ ٧١ب] فشهد به خزيمة فقال له رسول الله ﷺ: ما حملك على الشهادة ولم تكن معنا حاضر؟ فقال يا رسول

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٠٦٣٤).

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٩٥٧٢).

(٤) لم أجده.

(٥) أخرجه النسائي في البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع (٤٦٤٧)، وأبو داود في الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم (٣٦٠٧)، وأحمد في «مسنده» (٢١٣٧٦).

الله: صدقتك ما جئت به وعلمت إنك لا تقول إلا حقاً فقال: من شهد له خزيمة أو شهد عليه فحسبه[١]، وروي «أن الأعرابي قال: إن شهد علي جريمة فأعطني الثمن فقال رسول الله ﷺ: يا خزيمة أنا لم استشهدك فكيف شهدت؟ قال: أنا أصدقك على خبر السماء ألا أصدقك علي ذا الأعرابي فجعل رسول الله ﷺ شهادته شهادة رجلين فلم يكن في الإسلام رجل تجوز شهادته شهادة رجلين غير خزيمة»، وأيضاً روي «عن زينب الأسدية قالت: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إن أبي ترك جارية». فولدت ابناً وإنا نتهمها فقال: ائتوني به فلما أتوه نظر إليه وقال: إن الميراث له وإما أنت فاحتجبي منه» وهذ حكم بعلمه، واحتج المزني فقال: قد قطع بأن سماعه الإقرار منه أثبت من الشهادة وصرح في كتاب الرسالة قال: أقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين لأن العلم به مقطوع به والشهادة ظن فكان الحكم بعلمه أولى، وقال الربيع: كان الشافعي رضي الله عنه يعتقد جواز القضاء بعلمه ولكن كان لا يبوح به مخافة قضاة السوء فالمسألة على قول واحد أنه يجوز القضاء بعلمه وأما خبر الخضرمي [١٢/ ٧٢أ] فلا حجة فيه لهم لأنه لم يكن معه حكم الحاكم وجوّز النبي ﷺ أن يكون معه شاهدان، وأما خبر عمر فغير مشهور وهو مقدم عليه واعلم أن الشافعي رضي الله عنه قال: في كتاب الرسالة أقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين وشاهد وامرأتين وهو أقوى من شاهد ويمين وهو أقوى من النكول ورد اليمين ولا إشكال في قوله أقوى من شاهد وامرأتين لأن الطلاق والنكاح لا يثبت بشاهد وامرأتين والشاهد والمرأتان أقوى من شاهد ويمين لأن الإجماع أقوى من الخلاف والإشكال في قوله والشاهد واليمين أقوى من النكول ورد اليمين ولموضع الإشكال أن الشاهد والمين بينه مختصة بالأموال والنكول ورد اليمين بينة جارية في الدماء والفروج وجميع الأحكام بين الآدميين فكيف جعل الشافعي الشاهد واليمين؟

والجواب: لعل الشافعي أراد بقوله أقوى من النكول ورد اليمين في علم القاضي فإنه يغلب على قلبه فوق العلم الذي ثبت له بالنكول ورد اليمين وذلك أن شهادة العدل الواحد فوق نكول الناكل والناكل قد ينكل لكونه ظالما، وقد يخرج عن اليمين وهو صادق فصار شهادة العدل مع يمين المطالب فوق نكول الخصم مع يمين الطالب في التغليب على قلب الحاكم، فأما في الفوائد التي تستفاد من البينات فالنكول ورد اليمين أقوى [١٢/ ٧٢ب] من الشاهد واليمين أو نقول: هو أقوى في النفس من رد اليمين لأنها أتت من غير جهة المدعى واليمين بعد النكول بينة من جهة المدعى.

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢٢).

فرع آخر

إذا قلنا لا يحكم بعلمه فأقر عنده الخصم لم يجز أن يحكم إلا أن يشهد بإقراره شاهدان ليصير حاكماً لا بعلمه وينبغي أن يكون في مجلس حكمه شاهدان عدلان على هذا القول حتى لا يحتاج إلى القضاء بالعلم وبه قال مالك: وقال بعض أصحابنا: لا يعتبر ذلك ويجوز أن يقضي هنا قولاً واحداً لأنه يحكم بالإقرار وليس يحكم بالعلم قال في «الحاوي»: وأكثر أصحابنا على هذا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا أقر في مجلس الحكم وقضى عليه في ذلك المجلس وقال: هو قضاء بالحجة فيجوز قولاً واحداً، فإن فارق مجلسه ثم عاد فأراد أن يقضي أو أقر في غير المجلس ففيه قولان.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كان مع علمه شاهد واحد هل يقضي ويعد نفسه شاهداً آخر، فيه وجهان: **أحدهما**: يقضي وبه قال شريح، **والثاني**: لا يقضي بعلمه يدع الحكم بعلم نفسه وإذا شهد عنده شاهدان بالنكاح والقاضي يعرف بين الزوجين رضاعاً لا يقضي بصحة النكاح، ولو قضى يكون عاصياً ولا يصح قضاؤه، وكذلك لو شهد بقتل رجل وهو يعرف يقيناً بقاء ذلك الرجل لا يقضي ونحو ذلك كثير، وقال في «الحاوي»: لو شهد عنده شاهدان بما يعلم خلافه لم يجز أن يحكم بعلمه [١٢/٧٣أ] وهل يجوز حكمه بالشهادة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحكم بها لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون عمله، **والثاني**: لا يحكم بها. وهو الأصح لأنه يتحقق كذبهما.

فرع آخر

لو ذكر القاضي أن بينة قامت عنده بصدق ويجوز له أن يحكم بها على القولين لأنه حكم بالبينة دون العلم.

فرع آخر

إذا قلنا: يحكم بعلم يقول القاضي للمنكر علمت أن له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي فإن أحضر علىٰ أحد هٰذين وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

إذا قلنا: لايقضي بعلمه في الأموال ففي حدود الله تعالى أولى وإذا قلنا: يحكم بعلمه هناك ففي حدود الله تعالى هل يجوز أن يقضي بعلمه؟ قال الشافعي رضي الله عنه: يحتمل

أن يكون مثل حقوق الآدميين، ويحتمل أن يفرق بينهما لأن من أقر بشيء للناس ثم رجع لم يقبل رجوعه، ومن أقر بشيء لله تعالى ثم رجع قبل رجوعه فخرجه على قولين: على هذا القول، وقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي[١] ولأن الحد مأمور بالستر عليه والخصم في الحدود الحاكم فلا يحكم فيها بعلمه.

فرع آخر

إذا قلنا: يحكم بإقراره في مجلس حكمه ولا يكون حاكماً بعلمه بل يكون حكماً بحجة فأقر في مجلس حكمه بحد لله تعالى حكم عليه بالحد من غير شهادة أيضاً.

فرع آخر

لو حكم خصمان رجلاً من الرعية [١٢/٧٣ب] ليقضى بينما جاز لما روي أن عمر بن الخطاب وأبيٌّ بن كعب رضي الله عنهما تحاكما إلى زيد بن ثابت، وروي أن عثمان وعبد الرحمن بن عوف تحاكما إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم، فإن قيل: كان عمر رضي الله عنه إماماً فإذا تحاكم إلى زيد صار زيد حاكماً قلنا: لم ينقلا أكثر من الرضى وهذا لا يصير به حاكماً.

وروي أن علياً رضي الله عنه حكم في الإمامة ففيما عداها أولى، وهكذا حكم أهل الشورى في الإمامة عبد الرحمن بن عوف.

فرع آخر

التحاكم يجوز سواء كان في البلد حاكم أو لا لأنه إذا جاز أن يوليا عند عدم الحاكم جاز مع وجود الحاكم كالإمام يجوز أن يولي رجلاً حاكماً وإن كان في البلد حاكم.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد في أدب القضاء إذا تحاكما إليه فأيهما أراد الرجوع عن ذلك رجع ما لم يقض بينهما، فإذا قضى وأبرم الحكم قال الشافعي رضي الله عنه فيه قولان: **أحدهما**: إن ذلك جائز لازم ولا يرد إلا ما يرد من قضاء قاضٍ غيره وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روي أن النبي ﷺ قال: من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو

---

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/١٠٢).

ملعون[1]. ولولا أن حكمه يلزمهما لم يلزمه بترك العدل ولأنهما إلى من لم يتراضيا بحكمه جاز ولزم فلئن يلزم بتراضيهما أولى ولأنهما رضيا بحكمه ونظره فحكمه محل الإمام الذي رضوا بحكمه وأمانته **والثاني**: [١٢/ ٧٤أ] أنه كالفتيا يعني لهما فلا ينفذ حكمه عليهما إلا أن يتراضيا به بعد الحكم لأن الحكم إنما يلزم ممن له ولاية، والولاية لمن ولاه الإمام لأنه على الإمام ويزوج الأيامئ وهذا لا ولاية له فلا يلزم حكمه إلا بالتراضي قال ابن سريج: وهذا أشبه بقوله: لأنه قال في القاسم بالتراضي لا يلزم القسمة إلا أن يتراضيا عليه بعد القسمة وهذا إخبار المزني والأول أصح عندي خاصة في زماننا هذا وبه قال أكثر الفقهاء، وروي أن النبي ﷺ قال: «إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحداً»[2] فصار بتأمرهم له نافذ الأمر عليهم وروى شريح عن أبيه أنه «وفد إلى رسول الله ﷺ فأتى المدينة فكانوا يكنونه بأبي الحكم فدعاه رسول الله ﷺ فقال إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلا تكنى أبا الحكم فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي بهذا الفريقان فقال ﷺ: حسن هذا فمالك من الولد فقال لي شريح ومسلم وعبد الله، قال فمن أكبرهم؟ قال قلت: شريح، قال: وأنت أبو شريح»[3].

فرع آخر

إذا قلنا بالقول الأول فلو شرع المحكم في الحكم فاراد أن يمتنع فهل له ذلك؟ فيه وجهان: ذكرهما الإصطخري **أحدهما**: له ذلك لأنه إنما يلزم بالتراضي حال الحكم ولم يؤكد ذلك، **والثاني**: ليس له ذلك لأنا لو جوزنا ذلك لم يلزم بحال [١٢/ ٧٤ب] لأنه كلما هم بالحكم يمتنع المحكوم عليه.

فرع آخر

لا يجوز لقاضي البلد أن يرد من حكمه إلا ما يرد من حكم غيره، وقال أبو حنيفة رحمه الله. . . يصح إذا خالف رأيه، وإن لم يخالف الإجماع لأن هذا عقد في حق الحاكم فكان له فسخه كالعقد الموقوف يجوز أن يفسخه من وقع في حقه وهذا لا يصح لأن هذا الحكم قد صح ولزم فلا يفسخ بمخالفة رأيه لسائر الأحكام، وأما ما ذكره فلا يصح

(١) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (١٠/ ١٣٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه النسائي في آداب القضاة، باب إذا حكموا رجلاً فقضى بينهم (٥٣٨٧)، وأبو داود في الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح (٤٩٥٥).

لأنه لازم للخصمين فكيف يكون موثوقاً ولا يسلم الوقف في العقود. ولو كان كما قاله لكان له إمضاءه إذا خالف رأيه.

فرع آخر

إذا حكم بينهما أشهد به في المجلس الذي حكم فيه قبل التفرق لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق كما لا يقبل قول الحاكم بعد العزل.

فرع آخر

لو تعدى الحكم إلىٰ غيرهما وكان منفصلاً عن الحكم ولا يتصل به إلا عن سبب موجب كبينة شهدته بالدين أن فلاناً ضامنه يلزم حكمه في الدين دون الضمان لأن الرضى لم يوجد ممن عليه الضمان.

فرع آخر

لو كان متصلاً بالحكم ولا ينفصل عنه إلا بسبب موجب مثل أن يتحاكما إليه في قتل خطأ فقامت به البينة ففي وجوب الدية على العاقلة التي لم ترض بحكمه وجهان: **أحدهما**: يجب عليهم بهذا الحكم إذا قلنا تجب الدية على الجاني ثم تتحملها العاقلة **والثاني**: لا تجب على العاقلة الدية لأنهم [١٢/ ٧٥أ] لم يرضوا بحكمه إذا قلنا تجب الدية ابتداء على العاقلة.

فرع آخر

يجب أن يكون المحكَّم من أهل الاجتهاد بحيث يجوز قضاءه، فإن كان لا يصلح للقضاء فهو مصلح لا حاكم فلا يلزمهما قوله قولاً واحداً.

فرع

التحكيم لا يجوز إلا في أحكام مخصوصة والأحكام ثلاثة أقسام: قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وما يصح العفو منه والإبراء، وقسم لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإخبار عنه من حقوق الله تعالى والولايات عن الأيتام والحجر على المبذر وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف للقصاص فيها وجهان: **أحدهما**: يجوز التحكيم فيها لوقوفها على رضا المتحاكمين، **والثاني**: لا يجوز لأنها حقوق تختص الولاة بها وحكمها آكد والأول أظهر وبه قال أكثر أصحابنا.

فرع آخر

لو أن امرأة لا ولي لها فتحاكمت مع رجل إلى رجل ليزوجها منه فإن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم جاز، وإن كانا في دار الإسلام يقدران على الحاكم جاز في أحد القولين وهو اختيار أبي طاهر الزيادي وأبي إسحاق الإسفرايني وعملائه وأنا على هذه الفتوى خاصة في زماننا هذا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يجوز في الحدود والقصاص وجهاً واحداً وفي اللعان وجهان، وكذلك في النكاح.

فرع آخر

لو رضي المتنازعان بتحكيم اثنين لم ينفذ [١٢/ ٧٥ب] ذلك فإذا أذن له يجوز أن يستخلف قل عمله أو كثر إلا أنه إن قل عمله يتخير في الاستخلاف، وإن كثر عمله يجب عليه الاستخلاف، ويجوز له أن يولي من شاء في بلد ولايته وقراه وأطرافه والمستحب أن لا يدع طرفاً من ولايته قد جرت العادة فيه بأن يكون هناك خليفة كيلا تبعد على الناس المسافة ولا يشق والأولى إذا أولي قضاء مصر كبير أن يقضي هو في المصر ويستخلف على السواد لأنه تبع فاختص بالتابع، وإن كانا مصرين كالكوفة والبصرة كان بالخيار في أن يقضي في أيهما شاء ويستخلف في أيهما شاء.

فرع

القاضي في بلدين إذا حكم في **أحدهما**: واستخلف خليفة في البلدة الأخرى أن ينتقل إلى بلد خليفته وينفذ خليفته إلى بلده إلا أن يكون الإمام عين له الحكم في إحداهما والاستخلاف على الآخر فلا يجوز أن يعدل عما عين له وتكون ولايته على البلد الآخر مقصورة على اختيار الناظر فيه دون الحكم.

فرع آخر

لو تنازع خصمان فيه وفي خليفته فإن كان القاضي في يوم التنازع ناظراً فالداعي إليه أولى، وإن كان خليفته ناظراً، والقاضي فيه تاركاً فالداعي إلى خليفته أولى لأنه أعجل.

فرع آخر

لو جعل له الإمام على القضاء رزقاً فإن سمى له اختص به، وإن سمى للقضاء شاركه فيه خلفاءه بحسب كتاباتهم في النظر وكثرة العمل، فإن عزل من استخلف وقام بعمله جاز [١٢/ ٧٦أ] أن يأخذ رزقه، وإن لم يقم به لم يجز أن يأخذه.

فرع آخر

لو نهاه الإمام عن الاستخلاف لا يجوز له ذلك قل عمله أو كثر، وإن استخلف فلا ولاية لخليفته فإن حكم بين خصمين ترافعا إليه كان كالحكم من الرعايا.

فرع آخر

إذا كثر عمله لزمه إعلام الإمام بعجزه عن النظر لتخير الإمام بين أن يأذن له بالاستخلاف أو يصرفه عما لا يمكنه القيام بنفسه، ولا يجوز للإمام بعد علمه أن يتركه على حاله وأولى الأمرين بالإمام أن يصرفه عن الزيادة ليكون هو المتولي للاختيار فيكون على ثقة من صرفه فإن لم يعلم الإمام أو أعلمه فلم يأذن له في أحد الأمرين فكثرة عمله على ضربين: **أحدهما**: أن يكون مصراً كثير السواد كالبصرة فيختص نظره بالبلد اعتباراً بالعرف وله أن يحكم بين أهل السواد إذا قدموا عليه، فإن استعدى إليه على رجل من أهل السواد فإن كان على أقل من مسافة يوم وليلة لزمه إحضاره، وإن كان على مسافة القصر وأكثر ففي وجوب إحضاره قد ذكرنا وجهين، **والضرب الثاني**: أن يكون عمله مشتملاً على مصرين متباعدين كالبصرة وبغداد يتخير في النظر في أيهما شاء، فإذا نظر في أحدهما: هل ينعزل عن الآخر؟ قال صاحب «الحاوي»: يحتمل وجهين: **أحدهما**: أنه انعزل عنه لتعذر حكمه فيه بالعجز عما لو تعذر بآفة **والثاني**: لا ينعزل عنه ويكون باقي الولاية عليه لصحة الولاية عليهما [١٢/٧٦ب] مع العجز عنهما فعلى هذا يجوز أن ينتقل من أحدهما: إلى الآخر وعلى الوجه الأول لا يجوز له ذلك.

فرع آخر

لو أطلق الولاية ولم يأذن له في الاستخلاف ولا نهى عنه فإن كان الذي ولاه إياه مما يمكنه القيام في جميعه بنفسه فالمذهب أنه يجوز له الاستخلاف في شيء منه لأنه رضي باجتهاده دون غيره فهو كالوكيل لا يوكل، وبه قال جمهور أصحابنا، وقال الإصطخري: له الاستخلاف اعتباراً بعموم ولايته ولأن الإمام يولي القضاء للمسلمين لا لنفسه ولهذا لا يجوز له عزله فلا يقف استخلافه على إذنه والأول أصح. ولا نسلم بل له عزله من غير فسق ذكره ابن خيران وجماعة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان ولا معنى لهذا فإن المذهب المنصوص ما ذكرنا. وإن كان الذي ولاه مما لا يمكنه القيام فيه بنفسه يجوز له أن يستحلف على القدر الذي لا يمكنه القيام فيه بنفسه لأن مثل هذا التقليد يتضمن الإذن في الاستخلاف ضرورة، كما لو دفع ثوباً إلى بزاز ليبيعه يتضمن الإذن في أن يدفعه إلى من ينادي عليه، وأما القدر الذي يمكنه القيام فيه بنفسه هل يجوز له أن يستخلف فيه؟ اختلف أصحابنا فيه

على وجهين: **أحدهما**: يجوز له لما جاز الاستخلاف في البعض جاز في الكل، والثاني لا يجوز وهو الأصح لأنه لا ضرورة في ذلك.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الأول أنه يجوز له الاستخلاف [١٢/٧٧أ] في الكل لأن العرف فيه كالإذن ينظر، فإن استخلف فيما يقدر على مباشرته جاز له أن يعزل خليفته مع بقائه على سلامته وإن استخلف فيما لا يقدر على مباشرته ففي جواز قوله مع بقائه على سلامته ولأن **أحدهما**: يجوز لنيابته عنه كالوكيل، والثاني لا يجوز لأنه نائب عنه في حقوق المسلمين ذكره في «الحاوي» وقال أيضاً في الخلافة ثلاثة أوجه: **أحدهما**: لا يستحلف قل عمله أو كثر وهو اختيار ابن خيران وذكره القفال، **والثاني**: وهو قول الإصطخري له ذلك بكل حال، **والثالث**: وهو قول الجمهور يعتبر بعمله فإن قل وقدر على مباشرته بنفسه فلا يستخلف، وإن كان لا يقدر على مباشرته بنفسه يجوز ثم في أي قدر يجوز وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا جوزنا الاستخلاف فحكم الخليفة نافذ، وعلى الحاكم المولى إمضاء ذلك، وإن خرج المولى من موضع ولايته فحكم خليفته نافذ، وإن كان حكم الأصل لا ينفذ بمفارقته تلك الولاية.

فرع آخر

إذا لم يجز الاستخلاف فاستخلف وحكم الخليفة قال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: فمن رأى أنه لا يجوز إلا بأمر، وإن لم ينبغِ للقاضي أن ينفذ حكم ذلك القاضي الذي استقضاه ولم يجعل إليه، وإن أنفذه كان تنفيذه باطلاً إلا أن يكون إنفاذه إياه على استئناف حكم بين الخصمين إلى مسألة القوانين في رجل تحاكم إليه وتراضيا بحكمه [١٢/٧٧ب] فحكم بينهما هل يلزم حكمه بنفس الحكم أو لا يلزم إلا بعد أن يتراضيا به؟ فقولان فكذلك هذا المولى في حكم من لم يولَّ فيجيء القولان فيه ولما رأى الإصطخري تعليق الإمام الشافعي رضي الله عنه في «الأم» على ما ذكرنا اجتهد فيه وذكر ما حكيناه عنه.

مسألة: قال: ولو عزل فقال كنت قضيت لفلان على فلان لم يقبل[١].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٣٣١).

الفصل

قد ذكرنا أن القاضي إذا قال في حال الولاية: حكمت لفلان بكذا يقبل لأنه يملك الإنشاء فيملك الإقرار به سواء قال: قضيت عليه بشهادة عدلين رجلين أو قال: سمعت بينته وثبت عندي عدالتهم أو حلفت المدعي مع نكول المدعى عليه أو أقر عندي لفلان بكذا فحكمت به وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد، وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال: لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل وبه قال مالك، واحتج بأنه لما لم يكن له أن يحكم على المنكر إلا بالشهادة لم يقبل قوله على المنكر إلا بالشهادة. وأيضاً روي أن رجلاً سبَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه فقال أبو بردة: دعني أقوم إليه وأقتله، فقال له أبو بكر: لو أمرتك بهذا أكنت فاعله؟ قال: نعم، قال: فما كان هذا لأحد بعد رسول الله ﷺ»[1]. ودليلنا ما ذكرنا ويفارق هذا الشهادة لأن للحاكم ولاية وليس للشاهد ولاية، وأما الخبر أراد به أنه لا يقتل عن سبِّ [١٢/٧٨أ] أحد إلا من سبَّ رسول الله ﷺ ولم يرد به أن قبول القول يكون للنبي ﷺ خاصة دون غيره. وإن أخبر به بعد العزل لا يقبل حتى يأتي المقضى له بشاهدين على أنه حكم له قبل أن يعزل لأنه بعد العزل بمنزلة واحد من الرعية ولا يقبل شهادته مع غيره أيضاً لأنه يشهد على فعل نفسه، وقال أحمد يقبل قوله لأن عزله لا يمنع قبول قوله كما لو كتب كتاباً إلى غيره ثم عزل وهذا لا يصح لما ذكرنا، وأما الكتاب فإنما يقبل عندنا بشهادة شاهدين ويقبل حكمه أيضاً بمثل ذلك.

فرع

لو قال بعد العزل لحاكم آخر: أشهد أن فلاناً أقر في مجلس حكمي بكذا تقبل شهادته على الإقرار لا على الحكم، ولو قال: أشهد أن حاكماً عدلاً حكم عليه بكذا ففيه وجهان: **أحدهما**: يقبل لأنه لم يضف الحكم إلى نفسه والظاهر أنه أراد غيره، **والثاني**: لا يقبل لأنه يحتمل أن يريد حكم نفسه ويحتمل أن يريد حكم غيره فلا يقبل مع الشك حتى يتيقن.

فرع آخر

لو حكم بعد العزل وهو لا يعلم أنه معزول قال في «الإفصاح» فيه قولان: كما نقول في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم فيه قولان، وقال ابن أبي هريرة في المسلمين وجهان بناءً على اختلاف القولين في الفسخ هل يلزم حكمه قبل العلم؟ وقال القفال: قال

---

(١) أخرج نحوه النسائي في تحريم الدم، باب ذكر الاختلاف على الأعمش في هذا الحديث (٤٠٧٥)، وأحمد في «مسنده» (٥٥).

بعض أصحابنا: هنا قولاً واحداً ينفذ حكمه بخلاف الوكيل، لأن فيه ضرراً بالناس لنقض الأحكام الماضية [١٢/ ٧٨ب] وربما يشكل التاريخ وهذا اختيار الإمام أبي زيد المروزي، ولهذا لا يوجب موت الإمام عزله وهذا لأنه ناظر في حق غير المولّي والوكيل ناظر في حق الموكل، وقال صاحب «الإفصاح»: ينعزل في الحال قولاً واحداً إذا قال في الكتاب: أما بعد فأنت معزول فإن قال: إذا أتاك كتابي فأنت معزول فلا شك أنه لا ينعزل ما لم يبلغه الكتاب وكذلك إذا قال: إذا قرأت كتابي فما لم يقرأ لا ينعزل، وإذا أقرأ بنفسه أو قرئ عليه أو أخبر به انعزل لأن القصد في مثل هذا العلم بخلاف الطلاق فإنه تعلق بالإخطار فيجوز أن يعلق بصفة وهي القراءة بنفسها.

فرع آخر

إذا أراد الإمام عزل القاضي فأدى إليه اجتهاده إما لظهور ضعفه أو لوجود من هو أكفىء منه جاز، وإن لم يؤد اجتهاده إلى عزله لاستقلاله بالنظر في عمله على الاستقامة لم يكن له أن يعزله ولكن إن عزله انعزل، وإن كان الاجتهاد بخلافه لأن عزله حكم فلا يراد إذا لم يخالف نصاً أو إجماعاً، وإذا عزله ينعزل بعزله جميع خلفائه ولا ينعزل من ولاه على الأيتام والأوقاف لنظرهم في حق غيره.

فرع آخر

العزل يكون بالقول: فإن قلد غيره واقترن بتقليده شواهد العزل كان تقليد غيره عزلاً له وإن لم يقترن به شواهد العزل [١٢/ ٧٩أ] كان الثاني مشاركاً للأول في نظره.

فرع آخر

لو أراد أن يعزل نفسه فإن كان لعذر جاز له الاعتزال، وإن كان لغير عذر منع، وإن لم يخير عليه ولا يجوز أن يعتزل إلا بعد إعلام الإمام واستعفائه لأنه موكول بعمل يحرم عليه إضاعته وعلى الإمام أن يعفيه إذا وجد غيره حتى لا يخلو العمل من ناظر، فإن أعفاه قبل ارتياد غيره جاز إن كان لا يتعذر ولم يجز إن تعذر.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: لا يكون قوله: عزلت نفسي عزلاً لأن العزل يكون من المولّي وهو لا يجوز أن يولي نفسه فلم يجز أن يعزل نفسه وإنما له أن يستعفى فيعفي.

فرع آخر

قد ذكرنا أن موت الإمام لا يبطل ولاة القضاة لأنه استنابة في حق المسلمين لا في حق نفسه، وروي «أن رسول الله ﷺ قلد عتاب بن أسيد قضاء مكة فلما توفي اختبأ عتاب وامتنع من القضاء فأظهره سهيل بن عمرو، وقال: إن يكن رسول الله ﷺ مات فإن المسلمون باقون فعاد عتاب إلى نظره ولم ينكره أحد من الصحابة» فصار إجماعاً.

فرع آخر

قد ذكرنا أن القاضي إذا مات يبطل بموته ولايات خلفائه لأنه خاص النظر خاص العمل [١٢/ ٧٩ب] لأنه يفارق الإمام لأن القاضي إذا مات يقدر الإمام على استدراك الأمر في الحال بتقليد غيره، ولو كان قاضي القضاة العام الولاية في جميع الأمصار فهو عام العمل خاص النظر-فعموم عمله أنه والٍ على البلاد كلها وخصوص نظره أنه مقصور على القضاء دون غيره فشابه الإمام من وجه فهل تنعزل القضاة بموته؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لاتنعزل لعموم عمله، **والثاني**: تنعزل لخصوص نظره.

فرع آخر

لو حدث فيه عجز فهو على ثلاثة أضرب:

أحدهما: ما يمنع التقليد كالعمي والخرس فقد نعزل لحدوثه فيه، **والثاني**: ما لايمنع من التقليد كالزمانه فلا ينعزل بها، **والثالث**: المرض فإن أعجزه عن النهضة ولم يعجزه عن الحكم لم ينعزل به، وإن أعجزه عن النهضة والحكم فإن كان مرجو الزوال لم ينعزل به، وإن لم يكن الزوال انعزل به.

فرع آخر

لو حدث الفسق في الإمام الأعظم كان كموته لأنه ينعزل بالفسق في الظاهر، وإن حدث في القاضي فإن استدامه مصراً عليه انعزل به، وإن عجل الإقلاع عنه فإن كان عن غير ندم وتوبة انعزل وإن كان عن ندم وتوبة فإن كان فسقه ظهر قبل التوبة انعزل به، وإن لم يظهر حتى تاب منه [١٢/ ٨٠أ] لم ينعزل به لانتفاء العصمة عنه، وإن هفوات ذوي الهيآت مقالة وقل من يسلم منها إلا من عصم الله ذكره في «الحاوي» وسائر أصحابنا أطلقوا أنه ينعزل بالفسق.

فرع آخر

إذا انعزل بالفسق فحكم في حال عزله فإن كان إلزاماً بإقرار صح، وإن كان حكماً بشهادة بطل.

فرع آخر

إذا انعزل به يلزمه أن يمتنع من الحكم وينهي حاله إلى من ولاه ليقلد غيره ولا يغتر به الناس.

فرع آخر

إذا لزمه أنها حالة فهو مخير بين أمرين: **أحدهما**: أن يظهر الاستعفاء ويكتم حاله ليكون حافظاً لستره وهو أولاهما، **والثاني**: أن يخبر ما به وسبب انعزاله وإن كره له هتك ستره للخبر عن رسول الله ﷺ «من أتى منكم من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله»[١] ويخرج بكل واحد منهما عن مأثم الإمساك عن الحكم.

فرع آخر

إذا تمم الحكم قبل موته وعزله فهو على نفاذه، وإن شرع فيه ثم عزل فإن كان مما لايجوز أن يعاد ولا يجوز أن يراد مثل حد القذف إذا عزل بعد استيفاء بعضه، أو اللعان إذا عزل بعد لعانه قبل لعانها أو بعد بعض لعانه كالمتحالفين إذا حلف أحدهما: وكالأيمان والقسامة إذا حلف بعضها ثم عزل يجوز للقاضي الثاني أن يبني على فعل الأول ولا يلزمه استئنافه، وهذا البناء معتبر بتصادق الخصمين أو بقيام البينة [١٢/ ٨٠ب] إن تعاونا.

فرع آخر

لو حكم بفسخ النكاح بإعسار الزوج ولم يفسخ النكاح حتى عزل فليس للثاني فسخه بحكم الأول بإعساره حتى يستأنف الحكم وكذلك لو حكم ببيع مال المفلس ثم عزل قبل بيعه لم يكن للثاني بيعه حتى يستأنف الحكم، وكذلك لو أذن لولي يتيم في بيع ماله في مصالحه فلم يبعه حتى عزل منع حتى يأذن الثاني، وكذلك لو حكم بشفعة الجوار ولم يسلط الشفيع عل الأخذ حتى عزل فليس للثاني تسليطه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم بالشفعة والتسليط.

---

(١) تقدم تخريجه.

فرع آخر

لو عزل القاضي بعد سماع البينة فإن سمعها ولم يحكم بقبولها حتى عزل يستأنف الثاني للشهادة، فإن قيل أفليس يجوز للقاضي أن يكتب بسماع البينة في الغائب فكذلك هنا؟ قلنا: الفرق إن الغائب لا يقدر على سماع بينة وهنا القاضي الثاني كالأول قادر على سماع البينة فيلزمه سماعها، وإن حكم بقبولها وألزم الحق الذي تضمنها فعلى القاضي الثاني إذا شهد الأول على نفسه بالإلزام أن يبني على حكم الأول في تنفيذ الإلزام، وإن عزل بعد الحكم بقبولها وقبل الحكم بإلزام ما تضمنها فلا يخلو حال من شهد عنده من أن يكونوا أحياء أو موتى، فإن كانوا أحياء لم يجز للثاني البناء حتى يستأنف سماع الشهادة والحكم لأن القدرة على شهود الأصل تمنع الحكم [١٢/ ٨١أ] بشهود الفرع، وإن كانوا موتى أو مفقودين جاز للثاني أن يبنى على حكم الأول فيحكم بإلزام حكم الأول بالقبول لأن تعذر القدرة على شهود الأصل يبيح الحكم بشهود الفرع.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: الكلام في القاضي في أربعة فصول في ولايته وفي عزله وفي حكمه وفي قوله فأما الفصل الأول وهو الولاية فهي معتبرة بما تضمنه عهده من حدود العمل في صفة النظر من عموم أو خصوص وعلى الإمام فيه حق، وعلى القاضي فيه حق فأما ما على الإمام فثلاثة أشياء: **أحدهما**: تقوية يده حتى لايعجز عن استيفاء حق ودفع ظلم.

والثاني: مراعاة عمل حتى لايتخطاه إلى غيره ولا يخل ببعضه.

والثالث: مراعاة أحكامه وأن تجري على السداد من غير تجاوز ولا تقصير ولذلك اخترنا للإمام أن يثبت نسخة العهد في ديوانه ليعتبر أفعاله ما يضمها وما يلزمه في مباديء النظر وأكثر مما يلزمه فيما بعد، وإن لم يجز أن يخل بمراعاته في حال من الأحوال، فإن شق عليه يرتب له من يراضيه وينهي إليه ما يجري فيه، ولذلك قلد الإمام قاضي القضاة ليكون نائباً عنه في مراعاة القضاة، وأما ما على القاضي من الحق فثلاثة أشياء: **أحدهما**: أن يعمل بما تضمنه عهده من غير مجاورة وتقصير ولذلك أمر بقراءة عهده على أهل عمله ليعلموا منه ما إليه وما ليس إليه والأولى أن يكون معه عند قراءة [١٢/ ٨١ب] عهده شاهدان قد شهدا على ماتضمنه ليشهدا به عند أهل عمله حتى يلتزموا طاعته فإن لم يكن الشهود فما قرن بقراءة العهد من شواهد الحال مما يدل على صحته من القرب من بلد الإمام وانتشاء الحال وانتشارها لزمهم الطاعة، وإن لم يقترن بها شاهد الحال لم تلزمه الطاعة.

والثاني: أن يستمد معونة الإمام فيما عجز عنه من استيفاء حق أو دفع ظلم حتىٰ لا

يفوت حق قد ندب لاستيفائه ولا يتم ظلم قد ندب لدفعه.

والثالث: أن لا يخل بالنظر مع! ما كان اعتباراً بالعرف والعادة.

ولو كان القاضي مرتزقاً لا يستحق رزقه قبل وصوله في. . . فإذا وصل إليه ولم ينظر فإن كان متصدياً للنظر استحقه، وإن لم ينظر كالأجير إذا حكم نفسه فلم يستعمل استحق الأجرة فإن لم يتصد للنظر فلا رزق كالأجير إذا لم يسلم نفسه.

وأما الفصل الثاني في العزل وهوعلى ثلاثة اضرب: **أحدهما**: أن يعزله الإمام المولي، **والثاني**: أن يعزل نفسه، **والثالث**: أن تحدث أسباب العزل والأسباب ثلاثة: موت، وعجز، وجرح وقد ذكرنا حكم الكل.

وأما الفصل الثالث في حكمه وهو على ضربين: ما تممه قبل موته، وما شرع فيه ثم عزل وقد ذكرناه.

وأما الفصل الرابع في قوله وما يخبر به عن نفسه وقد ذكرنا حكم قوله قبل العزل وبعد العزل. [١٢/ ٨٢أ].

مسألة: قال: وكل ما حكم به لنفسه وولده ووالده ومن لا تجوز شهادته له رد حكمه[(١)].

جملة هذا أن كل من ردت شهادته له للتهمة برد حكمه له لأن التهمة فيها واحدة وهم الآباء، والأجداد، والأولاد، وأولاد الأولاد، ويردهما إلى خليفته وقال أبو ثور: يجوز الحكم لكل هؤلاء وهذا غلط لأن التهمة في الحكم أكثر من التهمة في الشهادة، فإذا لم تجز شهادته لهم فالحكم أولى، وقال ابن أبي أحمد: قال الشافعي رضي الله عنه في القديم: تقبل شهادته لوالده وولده وهل يجوز حكمه له؟ وهذا قول شاذ لم يحكه غيره، وقيل أنه وجه لأصحابنا ولا يصح، وأما الحكم عليهم فيجوز كالشهادة عليهم لأنه لاتهمه. ويجوز الحكم لمن عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كما تقبل الشهادة لهم، وكذلك يجوز للولي المعتق والمعتق.

فرع

حكم القاضي على نفسه مقبول، وهل يكون إقراراً أو حكماً فيه وجهان: **أحدهما**: يكون إقراراً فعلى هذا يصح في كل ما يصح في الإقرار به، ويرد فيما لايلزم الإقرار كشفعة

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٣٣٨).

الجار إذا قال: حكمت فيها على نفسي للجار لم ينفذ، **والثاني**: يكون حكما على نفسه ويلزم الشفعة للجار، وكذلك بمقاسمة الأخوة للجد وهو جد ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

للأب أن يفتي للابن في العبادات وهل يلزمه الإفتاء فيما عداها وجهان.

فرع آخر

لو تحاكم إليه والداه [١٢/ ٨٢ب] أو ولداه فحكم لأحدهما: على الأخر ففي جوازه وجهان محتملان: **أحدهما**: لايجوز، **والثاني**: يجوز لأنهما استويا في البعضية فانتفت عنهما تهمة الممايلة فصار حاكماً على ولده أو على والده.

فرع آخر

لو أراد القاضي والداً أو ولدا جاز، وكذلك جاز أن يستخلف في أعماله من يرى من أولاده.

فرع آخر

لو رد الإمام إلى القاضي اختيار قاض لم يكن له أن يختار والده ولا ولده لأن رد الاختيار إليه يمنعه من اختيار نفسه فمنعه ذلك من يجري بالبعضية مجرى نفسه ويخالف تقليد القضاء لأنه يجوز أن يقضي بنفسه فجاز أن يستقضي من يجري البعضية مجرى نفسه.

فرع آخر

لو أراد الإمام محاكمة جاز أن يحاكمه إلى قضائه، وكذلك لو حاكم إلي واحد من رعيته ثم ينظر؛ فإن قلده خصوص هذا النظر صار قاضياً خاصاً قبل الترافع إليه فلم يعتبر فيه رضى الخصم، وإن لم يقلده النظر قبل الترافع اعتبر فيه رضى الخصم.

فرع آخر

القاضي إذا أراد محاكمة خصم له فإن كان في بلد الإمام يحاكمه إلى الإمام أو إلى من يرد إليه الإمام، ولو أراد أن يحاكمه إلى خليفته جاز لأن عمر تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد ابن ثابت رضي الله عنهم هكذا ذكره عامة أصحابنا، وقال في «الحاوي»[١]: إذا أراد

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٣٤٠).

أن يحاكمه إلى خليفته ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز [١٢/ ٨٣أ] كما يجوز للإمام أن يحاكم إلى خليفته، **والثاني**: لا يجوزلأن كل القضاة خلفاء للإمام، وليس كل القضاة خلفاء هذا القاضي فجاز للإمام ما لم يجز للقاضي.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: لا يجوز قضاءه لمكاتبه، ولا لأم ولده، ولا لشريكه فيما له به شركة.

فرع آخر

لو وجب على القاضي أن يعدي خصماً يدفع إليه ختمه إلى خصمه ويكون منقوشاً فيه أجب القاضي فلان ابن فلان باسمه ونسبه فإن رد الطابع أو كسره أو قال: لا أجب أو سكت، أو قال: أجي ثم دافع وتمادى ولم يحضر فرجع الطالب وذكر أنه امتنع من الحضور وصح ذلك بعث العون لإحضاره والعون الرجل الذي يكون في باب داره يأخذ رزقه من بيت المال، وقال في «الحاوي»: القاضي بالخيار بين أن ينفذ عوناً من أمنائه ليحضره، وبين أن يختم طين بخاتمه المعروف ويكون علامة استدعائه وبين أن يجمع له بين العون والختم بحسب ما يؤدي إليه الإجتهاد من قوة الخصم وضعفه.

فرع آخر

إذا أخبر بامتناع الخصم من الحضور فإن أخبره العون الأمين قبل من غير بينة، وإن أخبره المستعدي لم يقبل إلا بشاهدي عدل وقال أبو حنيفة: يقبله بقول شاهدين، وإن لم يعرف عدالتهما وقال ابن أبي أحمد: يكفي أن يعدل تلك البينة [١٢/ ٨٣ب] من سكن قلبه إلى تعديله.

فرع آخر

إذا لم يكن بينة استحلفه على أن ما أراه الطابع، وإن لم يرد الطالب اليمين إذا رأى القاضي ذلك لأنه من حقه فإن حلف بريء، وإن اتهمه بعد اليمين أوعده وهدده، وإن نكل عن اليمين فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن ترد اليمين على الطالب فيحلف إن أراد الطالب أنه أراه الختم ولم يجب تخريجاً من النص على قطع السارق لما فيه من حقوق الله تعالى وحقوق بني أدم.

فرع آخر

إذا ثبت أنه رد الطابع أدبه الحاكم على ما يراه من زجر أو من ضرب أو من حبس؛ قال ابن أبي أحمد: ولا يبلغ بتعزير الحر أربعين وبتعزير الحر عشرين.

فرع آخر

إن لم يحضر بالعون بعث شاهدين حتى يشهدا على امتناعه من الحضور بعث إلى والي الأحداث وهو صاحب الشرطة ويأمره بإحضاره أو يحضره هو جبراً بأهل القوة من أعوانه فإن تغيّب ولم يحضر بعث القاضي ثقة ينادي على أنه وأعذر إليه في النداء أنه إن لم يحضر المجلس سمر بابه، أو ختم عليه وحسن أن يجمع المنادي أماثل جيرانه ويشهدهم على أعذاره، فإن لم يظهر ولم يحضر سأل المطالب أن يسمرعليه أو يختم وتقرر عند القاضي أن المنزل له وأنه بادي إليه بشاهدي عدل سمر بابه أو ختم بأي ذلك [١٢/ ٨٤أ] وأي فعله فإن لم يحضر بعد التسمير والختم فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يوكل عنه وكيلاً، فإن ثبت عليه حق وقدر على ماله وتوفير حقه فعل وباع عليه عقاره وعروضه وإن لم يقدر له مال قال ابن شريح: يجوز الهجوم عليه إن ثبت عند القاضي أنه متوار في بيتة فيبعث القاضي الأعوان والخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا، فإن كان عنده قوة في ذلك وإلا استعان بالوالي ويبعث معهم ثقاتاً من النساء فيقدم معهن غلمان لم يبلغوا وخلفهم الخصيان ثم الأعوان من وراء ذلك، فإذا توسط النساء صحن الدار مع الغلمان أنذروا النساء الحرم بدخول الدار ليتجاوزوا إلى بيت ثم يدخل الخصيان فيفتشون الدار ويؤمر ثقة من النساء بتفتيش النساء ذكره ابن أبي أحمد وقال في «الحاوي»: إذا ظهر امتناعه من الحضور فالقاضي يتخير بحسب اجتهاده بين أن يحضره جبراً بأهل القوة من أعوانه وبين أن ينهي إلى ذي سلطان خبره بعد أن لا يهتك عليه ولا على حرمه ستراً، وبين أن يفعل ما اختاره أبو يوسف أن ينادى على بابه بما يتوجه عليه في الامتناع وبما يمضيه عليه من الحكم.

فرع آخر

إذا تعذر إحضاره قال القاضي للمدعي: ألك بينة؟ فإن ذكر بينة أذن له في إحضارها وأمره بتحرير الدعوى عليه ويسمع البينة ويحكم عليه بعد النداء على بابه بإنفاذ الحكم [١٢/ ٨٤ب] عليه ويجري مجرى الغائب في الحكم عليه.

فرع آخر

لا يلزم القاضي في حق هذا المتواري أن يحلف المدعي أنه ما قبض كما ذكرنا في

الغائب لأن هذا قاده بحضوره على المطالبة به لو أراد بخلاف الغائب.

فرع آخر

لو قال: ليس لي بينة هل يكون هذا الامتناع من الحضور كالنكول في جواز رد اليمين على المدعي؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يكون كالنكول ولا يرد إليه اليمين لأن النكول بعد سماع الدعوى وسؤاله عن الجواب. **والثاني**: وهو الأشبه بجعل كالنكول بعد ندائه على بابه بمبلغ الدعوى وإعلامه بأنه يحكم عليه بالنكول لوجود شرطي النكول في هذا النداء فعلى هذا يسمع القاضي الدعوى مجردة، ثم يعيد النداء على بابه ثانية أنه يحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حكم بنكوله ورد اليمين على المدعي وحكم له إذا حلف.

فرع آخر

لو كان الخصم المدعى عليه امرأة، فإن كانت برزة؛ والبرزة التي تتظاهر بالخروج في مآربها غير مستخفية فهي كالرجل سواء، وإن كانت مخدرة لا تخرج لحوائجها وأمورها إلا في النادر فالحاكم لا يحضرها بل يبعث إليها مع خصمه من يحكم بينهما في بيتها وتسمى هذه المخدرة خفرت وهي التي لا تتظاهر بالخروج في أدب، وإن خرجت استخفت ولم تعرف ولهذا أصل في الشرع وذلك أن الغامدية [١٢/ ٨٥أ] اعترفت بالزنا ورجمها رسول الله ﷺ على رؤوس الملأ ظاهراً لأنها كانت برزة، وقال في قصة العسيف: «واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها»(١) في موضع مستور لأنها لم تكن برزة.

فرع آخر

لو اختلفت وخصمها في البروز والخفر فإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم الخفر فالقول قولها مع يمينها، وإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم البروز فالقول قول الخصم مع يمينه.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد لو أن رجلاً استعدى على أحد حداً من حدود الله تعالى لم يعده

---

(١) تقدم تخريجه.

ولم يهجم عليه في أخذه إلا في مسألة واحدة وهي حد قاطع الطريق قلته تخريجاً.

فرع آخر

إذا حكم على الغائب قال الحسين بن علي الكرابيسي: من أصحابنا وغيره يطالب القاضي المحكوم له بكفيل لجواز أن يتجدد ما يوجب بطلان الحكم، وقال جمهور أصحابنا: لا يجب ذلك لأنها كفالة بغير مستحق، ولأنه لو قضى على ميت أو صبي لا يلزم أخذ الكفيل والغائب مثله.

فرع آخر

لو كان غائباً في أعمال هذا القاضي فإن كان له فيه نائب لم يلزمه إحضاره وهو بالخيار بين إنقاذ الخصم إلى خليفته لمحاكمة خصمه، أو سماع البينة عليه ومكاتبة خليفته به [١٢/ ٨٥ب] وإن لم يكن له فيه خليفة، قال أبو يوسف: إن كان على مسافة يرجع منها إلى وطنه قبل منام الناس أحضره، وإن زاد على ذلك لا يحضره وقال بعض العلماء: يحضره إذا كان بينهما مسافة يوم وليلة، ومنهم من قال: يعتبر مسافة ثلاثة أيام وعند الشافعي إن كانت مسافة لا يقصر فيها الصلاة يحضره، وإن كان على مسافة يقصر فيها الصلاة اختلف أصحابنا فيه قال أكثرهم وهو الظاهر من مذهبه يحضره للتحاكم لئلاً يتمانع الناس في الحقوق بالتباعد، **والثاني**: لا يجب إحضاره وهو غلط لما ذكرنا من العلة.

فرع آخر

إذا ألزم إحضار الغائب على ما بيناه لم يجز للقاضي أن يحضره إلا بعد تجريد الدعوى وصحة سماعها لأنه قد يجوز أن يدعي ما لا تصح فيه الدعوى، وحكي أن رجلين تقدما إلى قاضٍ فقال أحدهما: إن أخا هذا قتل أخي، فقال القاضي للمدعي عليه فقال: إن غير هذا قتله غيري فماذا عليّ، وهذا جواب صحيح عن فساد هذه الدعوى وكان من صحتها أن يقول: إن أخاه قتل أخي وأنا وارث وهذا من عاقلته لتوجه له المطالبة بهذه الدعوى فلذلك لم يجز أن يحضر الغائب إلا بعد تحرير الدعوى بما يصح سماعها، ولو كانت الدعوى على حاضر في البلد جاز للقاضي إحضاره قبل تحرير الدعوى [١٢/ ٨٦أ] والفرق أن في إحضار الغائب مسبقة فلم تلزم إلا بعد تحرير الدعوى بخلاف الحاضر، وحكى القاضي الطبري عن ابن أبي أحمد أنه قال: إذا كان خارج المصر في موضع يتهيأ حضور المجلس والرجوع بعد المجلس إلى أهله في يومه أحضره، وإن كانت المسافة أبعد من ذلك لا يحضره إلا بعد إقامة المدعي البينة في حقه لأنه يلحقه المشقة في الحضور فلا يستحضر

حتى يتحقق دعواه بالبينة وهذا غريب ولكنه محتمل؛ لأنه وإن يحقق الدعوى ربما لا يقدر على تمشيتها بالحجة ولا يعجز كل أحد عن الدعوى الصحيحة، ولو كان في موضعه رجل مستور كتب إليه حتى يتوسط بينهما حتى لا يحتاج إلى إحضاره، والأولى إن كان ذلك الرجل يصلح للقضاء يفوض إليه القضاء بينهما حتى لا يحتاج إلى إحضاره.

فرع آخر

إذا حضر الخصمان في مجلسه وأراد القاضي فصل الحكم بينهما ابتدأ المدعي بتحرير الدعوى لتنتفي الجهالة إلا فيما يصح تمليكه كالوصايا فيجوز أن يدعيها مجهولة فإن قيل: لو أقر لمجهول جاز فهلا جاز أن يدعي مجهولاً قلنا: الفرق أنه تعلق بالإقرار حق لغيره فلزم بالمجهول ولم يتعلق بالدعوى حق لغيره فلم يجز مجهولاً.

فرع آخر

لو كانت الدعوى بشيء في الذمة لا تحتاج إلى ذكر الموضع وإن كانت الدعوى في دار في يد المدعى عليه بين موضعها من السكة والمحلة والناحية والبلد على قدر ما يتعارف أهلها من مواضع الدور [١٢/ ٨٦ب] والمحال وحدودها الأربعة، ثم قال ادعى عليّ فلان ابن فلان هذا أن جميع هذه الدور بحدودها كلها أرضاً وسفلاً وعلواً وجميع حقوقها لي وإنها في يده ظلماً وإني أطالبه بردها عليّ وإنه ممتنع من ردها، وإن كانت الدعوى على ظالم يمنعه منها قال بعد التحديد: ادعى أن هذه الدار لي وإنه يمنعني منها ولا يحتاج في هذا إلى أن يقول: إنها في يده ولا إني أطالبه بها ولا إنه يمتنع من ردها عليّ، وكذلك الأرضون والعقار يحددها ويبين القربة ويذكر الرستاق والكورة والطسوج والناحية من البلد على قدر تعارف أهلها، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز أن يذكر ثلاثة حدود من الأربعة، وإن اشتهرت الدار باسم لا يشاركها فيه غيرها ميزها بذكر الاسم لأنه زيادة علم ولفظ الدعوى ينبغي أن يقول: لي في يده ولا يقول: لي عليه ولا عنده، ثم يصل هذه الدعوى بأن يقول: وقد غلبني عليها بغير حق أو قد باعها مني ولم يسلمها ولا يلزم صفة البيع إلا بعد أن يختلفا فيه فينقل الدعوى إلى المبيع فيوصف، فإن كانت الدار في يد المدعي لم تصح الدعوى إلا بعد أن يتعلق له بها حق على المدعى عليه من أجرة سكناها أو قيمة مستهلك منها، فإن قال قد نازعني فيها لم يصح لأن المنازعة دعوى تكون من غيره، وإن قال: وقد عارضني فيها بغير حق قال بعض أصحابنا: تصح هذه الدعوى ويسأل الخصم عنها [١٢/ ٨٧أ] لأن في المعارضة رفع يد مستحقة، ومن أصحابنا من قال: لا تصح هذه الدعوى حتى يصف المعارضة بما يصح معها الدعوى.

فرع آخر

لو كانت الدعوى فيما ينقل في الذمة فقد يستحق ذلك من خمسة أوجه: ثمن وأجرة وقرض وقيمة متلف وعقد مسلم. ويجب أن يصف مما يدعيه في الذمة بما ينفي عنه الجهالة، فإن كان من سلم استوفى أوصاف التسلم كلها، وإن كان من ثمن أو أجرة أو من متلف صار معلوماً بأربعة أشياء: ذكر قدره، وذكر جنسه، وذكر نوعه، وذكر صفته، وإن نسبت إلى طابع ذكر الطابع.

فرع آخر

لفظ الدعوى منه أن يقول: لي عليه، فإن قال: لي عنده جاز، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، قلنا عنه: قد يستعمل في موضع علي اتساعاً فلا يمنع صحة الدعوى.

فرع آخر

هو في هذه الدعوى مخير بين أن يذكر سبب الاستحقاق من أحد الوجوه الخمسة التي ذكرناها، أو لا يذكر بعد أن وصف بما ينفي عنه الجهالة وبين المكيل المعروف والوزن في الموزون والذرع في المذروع ونحو ذلك.

فرع آخر

لو كانت الدعوى على عين حاضره تصح الدعوى بالإشارة إليها من غير ذكر الصفة ولفظ الدعوى أن يقول: لي في يده هذا العبد، أو هذه الدابة، فإن قال لي عنده جاز، ولو قال: لي عليه هذا العبد جاز عند بعض [١٢/ ٨٧ب] أصحابنا ولا يجوز عند بعضهم.

فرع آخر

لا يجوز أن يطلق بيان الدراهم في الدعوى، وإن جاز إطلاقها في الأثمان لجواز أن يكون الثمن مشروطاً من غير الغالب ففي الدعوى لا بد من البيان.

فرع آخر

لو كانت العين غائبة فإن كانت تضبط بالصفة كالجنوب والإدهان فما له مثل يصفها ولا يحتاج إلى ذكر قيمتها، وإن لم يكن له مثل لزمه أن يستوفي جميع صفاته ويستظهر بذكر قيمته لجواز أن يستحقها مع التلف، ولو ذكر القيمة في ذوات الأمثال فلا بأس وكان تأكيداً فإن أغفل عن ذكر القيمة جاز مع بقاء العين لأنها غير مستحقة، وإن كان مما لا يضبط بالصفة كالجوهر يذكر الجنس والنوع واللون ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة لأنه

لا يصير معلوماً إلا بها، وإذا ادعى أنه أتلف عليه سلعة قيمتها كذا ولم يصفها جاز، فإن ذكر صفتها كان تأكيداً أو لا بأس.

فرع آخر

لو ادعى عليه سيفاً محلى لم يكن بد من ذكر قيمته إلا أنه إن كان محلى بالفضة قوّمه بالذهب وإن كان محلى بالذهب، قومه بالفضة، وإن كان محلى بالذهب والفضي قومه **بأحدهما**: لأنه موضع ضرورة ذكره أصحابنا، ويحتمل عندي أن يقال: ينبغي أن يفصل بينهما في الدعوى ويقوم بغير الجنس والله أعلم.

فرع آخر

إذا صحت الدعوى [١٢/٨٨أ] فالأولى أن يسأل المدعي القاضي بعد استيفاء دعواه لمطالبة خصمه بما ادعاه عليه، فإذا طالب هكذا يسأل المدعى عليه فيقول: سمعت ما ادعاه عليك فما تقول فيه، فإن أجاب بإقرار أو إنكار كان كافياً ولو بدأ القاضي بسؤاله من غير أن يطالبه المدعي بسؤاله هل يجوز؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز سؤاله لأنه من حقوق المدعي فلم يجز أن ينفرد به القاضي ويكون السؤال لغواً يعيد فيه باتهام المدعى عليه دون إنكاره كما لو ابتدأ بالجواب قبل السؤال، **والثاني**: يجوز هذا السؤال ويصح الجواب عقيبه لأن شاهد الحال يدل على إرادة المدعي لسؤاله ويغني ذلك عن سؤاله وهذا أصح، وقيل: هل يجب عليه أن يسأل المدعى عليه قبل مطالبة المدعي؟ فيه وجهان والمذهب أنه يجب.

فرع آخر

لو أن المدعي تفرد بسؤاله لم يلزمه الجواب حتى يكون القاضي هو السائل لأن حق المدعي مختص بالمطالبة دون السؤال، فإن أجابه المدعى عليه عن سؤاله بإقرار أو إنكار هل يقوم سؤاله مقام سؤال القاضي؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يقوم إذا قلنا: لا يسأل القاضي إلا بعد مطالبة المدعي بالسؤال، **والثاني**: لا يقوم إذا قلنا بالوجه الآخر فعلى هذا يكفي إنكاره.

فرع آخر

إذا طالب المدعى عليه بالجواب لا يخلو من ثلاثة أقسام: **أحدهما**: أن يقر، **والثاني**: [١٢/٨٨ب] أن ينكر، **والثالث**: أن لا ينكر ولا يقر، فإن أقر ثبت الحق بإقراره ولا يحكم به إلا بعد أن يسأله المدعي الحكم لأنه الطالب فيقول القاضي: قد أقر لك بما ادعيت فماذا

تريد؟ ولا يقول له: قد سمعت إقراره لأن قوله قد أقر حكم بصحة الإقرار بخلاف قوله: سمعت إقراره، فإن لم يطالب المدعي بالحكم أمسك عنه وصرفهما وكان للمدعي أن يتنجز من القاضي محضراً بثبوت الحق دون الحكم به ولم يكن له ملازمة المقر قبل الحكم، وإن سأله الحكم عليه بإقراره حكم بثلاثة ألفاظ: قد حكمت عليك بإقرارك، أو ألزمتك ما أقررت به، أو أخرج إليه من حقه، وليس له مطالبته بكفيل إلا أن يتفقا عليه عن تراض. ولا يسقط حقه من ملازمته بإقامة الكفيل سواء كفل بنفسه أو بماله لأن الكفالة وثيقة فلم تمنع الملازمة كما لم تمنع المطالبة، فإن اتفقا على تخلية سبيله عند الكفالة لم يلزم هذا الاتفاق وله أن يعود إلى الملازمة بعد تخليته لأنه حق له إلى أن يستوفي حقه. وأما القسم الثاني إذا أنكر يجوز للقاضي أن يقول للمدعي قد أنكر ويجوز أن يقول: قد سمعت إنكاره بخلافه في الإقرار لتردد الإقرار بين صحة وفساد وعدمه في الإنكار، ثم إن كان هذا المدعي عامياً لا يعرف رسوم الحاكم، فإن كان الحاكم يقول له: أقم البينة إن كانت لك فإن كانت له بينة [١٢/ ٨٩أ] سمعها ولا يسمعها إلا أن يقول المدعي: سلهم أيها الحاكم فإذا قال ذلك قال لهم الحاكم: ما تقولون أو ما عندكم في هذا؟ ولا يقول لهم: اشهدوا فإذا شهدوا نظر فإن كانت الشهادة غير صحيحة لم يحكم بها ولم يلقنهم، وقال للمدعي: زد في شهودك، وإن لم تكن له بينة فليس له إلا يمين المدعى عليه إلا أن الحاكم لا يحلفه حتى يسأله المدعى عليه.

وإن كان المدعي ممن يعرف رسوم القضاء فالحاكم بالخيار إن شاء قال: أقم البينة إن كانت لك، وإن شاء قال قد أنكر دعواك وسكت، فإن قال: لي بينة سمعها، وإن طلب إحلافه أحلفه بالله تعالى وقال بعض أصحابنا: القاضي في اختياره بالإنكار بائن أن يقول له: قد أنكر فماذا عندك فيه والأول أولى مع من جهل، والثاني أولى مع من علم.

واعلم أن الحكم في إنكار الدعوى موقوف على بينة المدعي في إثبات الحق بها، وعلى يمين المدعى عليه عند عدمها لإسقاط المطالبة بها وللمدعي الخيار في إقامة البينة لأنها من حقوقه فلم يجبر على إقامتها، وللمنكر الخيار في اليمين لأنها من حقوقه فلم يجبر على الحلف بها.

فرع آخر

لو أنكر المدعى عليه وقال: ما لك عليَّ فقال له المدعي: نعم، كان تصديقاً له على الإنكار وبطلت دعواه، ولو قال: بلى، كان تكذيباً له على الإنكار ولم تبطل دعواه، والفرق أن نعم حجاب الإيجاب [١٢/ ٨٩ب] وهي جواب النفي وهذا حكمه فيمن كان من أهل

العربية وفي اعتباره فيمن كان من غير أهل العلم بها وجهان على ما ذكرنا في كتا ب الإقرار. وأما القسم الثالث: أن لا يقر ولا ينكر فله حالتان؛ **إحداهما**: أن يكون غير ناطق لخرس وصمت فإن كان مفهوم الإشارة صار بها كالناطق فيجري عليه حكم الناطق، وإن كان غير مفهوم الإشارة صار كالغائب فيجري عليه حكم الغائب، **والثانية**: أن يكون ناطقاً فامتناعه من الإقرار والإنكار من أحد وجهين: إما أن يقول: لا أقر ولا أنكر، وإما أن يسكت فلا يجيب بشيء فيجري عليه حكم الناكل ولا يحبس على الجواب وقال أبو حنيفة: يحبسه حتى يجب بإقرار أو إنكار.

فرع آخر

البينة تسمع على المنكر دون المقر لأن الإقرار أصل هو أقوى، والبينة فرع هو أضعف.

فرع آخر

لو خالفت البينة الدعوى في الجنس لا تسمع، وإن خالفتها في القدر إلى نقصان حكم في القدر بالبينة دون الدعوى فإن خالفتها إلى زيادة حكم في القدر بالدعوى دون البينة ما لم يكن من المدعي تكذيب البينة في الزيادة، فإن أكذبها فيه ردت ولم يحكم بها.

فرع آخر

لو اتفق شاهدا البينة على الشهادة، فإن اختلف الشاهدان في الجنس ردت وإن اختلفا في القدر ثبت في الأصل.

فرع آخر

لو سمعت البينة بعد الدعوى قبل الإنكار هل يجوز؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز [١٢/ ٩٠أ] لوجودها بعد الطلب، **والثاني**: لا يجوز حتى تقام بعد الإنكار لتقدمها على زمانها.

فرع آخر

لا بد أن يكون الأداء بلفظ الشهادة أشهد أنه أقر عندي وأشهدني على نفسه أن عليه لفلان كذا، وأن يقل: أشهدني فيه وجهان بناءً على أن الاسترعاء شرط في تحميل الإقرار أو لا، والأصح أنه لا يشترط.

فرع آخر

لو كانت الشهادة في غير إقرار كالثمن في بيع حضرة أو قرض، ففي لزوم ذكر سببه في أدائه وجهان كقوله في أداء الإقرار وأشهدني.

فرع آخر

لو شهد بلفظ الخبر بأن قال: اعلم أن له كذا لم يجز لأن الخبر حكاية قال: مضافة إلى المشهود عليه فلا يتعلق بها الإلزام إلا بالشهادة المضافة إلى الشاهد.

فرع آخر

لاتسمع البينة إلا بمشهد المدعي وعينه، ثم إذا سمعها لم يحكم بها إلا إن يسأله فإن حكم بها قبل سؤال المشهود له هل يجوز؟ فيه وجهان: بناء على الوجهين في جواز سؤاله للمدعي عليه قبل أن يطالبه المدعي بسؤاله **أحدهما**: لايجوز لأنه حكم لغير طالب، **والثاني**: يجوز لأن شواهد الحال تدل على الطلب.

فرع آخر

إذا ثبتت عدالة الشهود وسأل المدعي الحكم بها فالأولى أن يقول للشهود عليه: قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عندي عدالتهما وقد أطردت لك [١٢/ ٩٠ب] وجرحهما وينظره يوماً ويومين وثلاثة، فإن أتي بالجرح سقطت الشهادة، وإن لم يأت بالجرح حكم له، فإن حكم به قبل إعلامه جاز.

فرع آخر

قال في «الأم»: واجب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ويبين له ويقول له: احتججت عندي بكذا وقامت البينة عليك بكذا، أو أحج خصمك بكذا أفرأيت الحكم عليك من قبل كذا ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه وأبعد من التهمة، وإن لم يفعل جاز حكمه.

فرع آخر

قال في «الأم»: وإذا كان الأمر بيناً عند القاضي مما يختصم فيه الخصمان فأحب أن يأمرهما بالصلح، وإن يتحللهما من تأخير الحكم بينهما بشيء بأن له، وإن أشكل الحكم عليه لم يحكم بينهما طال ذلك أو قصر حتى تنتهي الغاية في البيان والحكم قبل البيان ظلم، والحبس قبل البيان يعني حبس الحكم ظلم فجعل الشافعي رضي الله عنه الحكم على الفور

إذا انكشف له ولم يسوغ له التأخير إلا برضى من له الحكم وجوز التأخير إذا بان مشكلاً لم ينكشف.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه قبل الشهادة: ما يشهد به هذان الشاهدان علي فهو حق لم يكن إقرارا بما يشهدان به لتقدمه على الشهادة.

فرع آخر

لو قال بعد الشهادة: [١٢/٩١أ] ما شهدا به علي حق كان إقرارا، ولو قال: ما شهدا علي صدق لم يكن إقراراً، والفرق أن الحق مالزم فلم يتوجه إليه إحتمال والصدق قد يكون فيما قضاه فيتوجه عليه الإحتمال.

فرع آخر

لا يحلف المدعي مع البينة، وقال ابن أبي ليلى: لاحكم له بالبينة حتى يحلف معها كما في الحكم على غائب، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وسوار القاضي، وقال إسحاق: إذا استرابه الحاكم يجب ذلك، واستحلف شريح رجلاً فتأبى عليه فقال: بئس ما تثني على شهودك وهذا غلط لأن في إحلافه مع بينته قدحاً فيها ولأن الحاضر لو قضى لذكر بخلاف الغائب.

فرع آخر

لو أخر المدعي إحضار بينته وأراد ملازمة خصمه على إحضارها سأله القاضي فإن كانت غائبة لم يكن له ملازمته وقيل له: لك الخيار في تأخيره إلى حضور بينتك أو تحلفه فتسقط الدعوى، فإن حضرت البينة لم تمنع اليمين عن سماعها، وإن كانت البينة حاضرة في البلد له أن يلازمه ما كان مجلس الحكم في يومه باقياً، فإذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم يشهد الحال بوجود البينة، فإن شهدت أحواله بوجودها جاز له أن يلازمه إلى غاية أكثرها ثلاثة أيام لا يتجاوزها ولا يلزمه إقامة كفيل بنفسه لما روى العرماس بن حبيب عن أبيه عن جده «أنه استعدى [١٢/٩١ب] رسول الله ﷺ على رجل فقال له: إلزمه»[(١)] ودليلنا خبر الحضرمي والكندي «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذاك». وأما خبرهم فمحمول

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/٥٣).

على حق ثبت وجوبه هكذا ذكر في «الحاوي»، وقال ابن أبي أحمد عندنا لا يلازمه إلا أن يكون في مقدار جلوس القاضي فيلازم حتى يحضر البينة، وقال أبو حنيفة: له ملازمته إلى ثلاثة أيام وهذا أولى عندي بالصواب لأن المدعي يدفع دعواه بيمينه فلا معنى لملازمته.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه لا يجوز إحلاف المدعى عليه إلا بعد مطالبة المدعي فإن كان المدعي عالماً باستحقاق اليمين وإلا علمه القاضي أنه قد وجب له اليمين ولو حلفه القاضي قبل سؤال المدعي لا يعتد به وحلفه ثانياً بسؤاله، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يحتسب به إذا حلفه القاضي وهو غلط ظاهر.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: هل يجوز للقاضي أن يعرض عليه اليمين قبل مسألة المدعي؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة كما لا يجوز إحلافه، وقال ابن سريج يجوز أن يعرضها، وإن لم يجز أن يحلفه بها ليعلم إقدامه عليها فيعطيه أو يقفه عليها فيحذره.

فرع آخر

لو حلف المدعي عليه قبل تحليف القاضي لا يعتد به وأعاد الحاكم عليه اليمين لخبر «ركانة بن عبد يزيد فإنه طلق امرأته البتة فقال له [١٢/ ٩٢أ] النبي ﷺ: ما أردت قال والله ما أردت بها إلا واحدة فردها عليه فأعاد اليمين عليه لما حلف قبل الاستحلاف»[١]، ولأن يمين المدعى عليه تنعقد بحسب ما يستحلفه عليه الحاكم دون نية الحالف، فإذا حلف قبل استحلافه انعقد بحكم نيته فلم تكن اليمين المستحقة عليه فلا يعتد بها، وقيل في خبر ركانه اثنتا عشرة فائدة ثلاث في اليمين أنه يجوز الاقتصاد في اليمين على الاسم خاصة، **والثانية**: أنه أعادها عليه حين كان قبل الاستحلاف، **والثالثة**: جواز حذف سرف القسم من اليمين لأنه قال: الله إنك أردت واحدة فقال الله إني أردت واحدة فحذف الواو. وثلاث في الرجعة إحداها: أن الرجعة ثبتت بعد الواحدة **والثانية**: أنها لا تفتقر إلى رضى المرأة، **والثالثة**: أنها لا تفتقر إلى الشهود. وست في الطلاق **أحدهما**: أن البتة ليست بصريح ولا يقع الطلاق بها إلا بالبينة، **والثانية**: أنه يقع بها ما نواه من عدد الطلاق لأنه رجع إلى نيته، **والثالثة**: إيقاع الثلاث ليس بمحرم لأنه سأله عما أراد من العدد، والرابعة: أن الطلقة

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق البتة (٢٠٥١).

الواقعة بها لا تقطع الرجعة خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، والسادسة: أن اليمين تعرض في الطلاق خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، وقيل يدل على أنه لا يقع بها الثلاث خلافاً لمالك رحمه الله.

فرع آخر

لو ترك إحلافه لا يسقط حقه منها [١٢/ ٩٢ب] متى أراد إحلافه، ولو قال: عفوت في اليمين أو أبرأته منها سقط حقه منها في هذه الدعوى، ولم تسقط الدعوى، فإن أراد إحلافه من بعد لم يجز أن يحلفه بالدعوى المتقدمة، ويجوز أن يستأنف الدعوى فيحلفه بالدعوى المستأنفة.

فرع آخر

لو أن المدعي سأل إحلافه وأمسك عن ذكر بينته عند سؤاله هذا فلم يذكر أن له بينة أو لا بينة فليس للقاضي أن يلزمة ذكر البينة وعليه أن يحلف له.

فرع آخر

إذا حلف له ثم جاء بالبينة وأقامها تسمع بينته وثبت حقه وبه قال شريح والشعبي وأبو حنيفة ومالك وقال ابن أبي ليلى وأبو عبيد وإسحاق وداوود: لا تسمع بينته، وحكاه صاحب «الحاوي» عن مالك أنه قال: إن علم أن له بينة عند التحليف لم يكن له إقامتها، وإن لم يعلم فله إقامتها. واحتجوا بأن اليمين حجة المدعى عليه كما أن البينة حجة المدعي ولا تسمع يمين المدعى عليه بعد حجة المدعي فلذلك لا تسمع حجة المدعي بعد حجة المدعى عليه. ودليلنا أن كل حالة يجب عليه الحق بإقراره يجب عليه البينة كما قبل اليمين وأما ما ذكروه لا يصح لأن البينة أقوى ولهذا تقدم على اليمين فلا يجوز اعتبار البينة بها.

فرع آخر

لو ذكر أن له بينة غابت وسأله إحلافه يلزمه إحلافه لأن الغائبة كالمعدومة [١٢/ ٩٣أ] ولأن الحكم إذا وجب تعجيله لم يجز له تأخيره.

فرع آخر

لو قال: لي بينة حاضرة وأريد إحلافه ولا أريد إقامتها احلف له أيضاً لأنه قد يكون له غرض في تأخير البينة وطلب اليمين لأنه يخاف من اليمين فبقي مستغني عن البينة، أو ليثبت كذبه في يمينه بعد إقامة البينة، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان **أحدهما**: وهو ظاهر مذهب

الشافعي رضي الله عنه وبه قال أبو يوسف له ذلك، والثاني ليس له إحلافه وبه قال أو حنيفة رحمه الله لأن مقصود المدعي إثبات الحق عليه دون إسقاطه ويمكن إثباته بالبينة، ولو أراد إحلافه بعد إقامة البينة لم يجز لعدم تأثيرها.

فرع آخر

لو قال المدعي: إن حلف فهو بريء فحلف لم يمنع ذلك من سماع البينة عليه لأن البراءة لا تقع بالصفات.

فرع آخر

لو قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة وسأل إحلافه يلزمه فإن أحضر بينة ففيه وجهان **أحدهما**: وهو قول الأكثرين لا تسمع لأنه قد أكذبها بإنكارها وبه قال محمد وقال الإصطخري تسمع لأنه قد لا يعلم أن له بينة ثم علم، ولو علم لكان ذلك كذباً منه ولم تكن تكذيباً للبينة وقيل: هذا ظاهر المذهب وبه قال أبو يوسف ومن أصحابنا من قال: من تولى الإشهاد بنفسه لم تسمع له بينة لأنه أكذبها، وإن كان وكيله [١٢/ ٩٣ب] تولى الإشهاد عليه أو كانا شهدا عليه من غير أن أشهدهما سمعت بينته وكذلك لو قال: كل بينة تشهد لي فهي كاذبة وحلف المدعى عليه ثم أقام البينة ففيه ثلاثة أوجه على ما ذكرنا، وهذا إذا اعتذر وقال: لم أعلم في ذلك الوقت والآن علمت وقال الصيمري: إذا قال: كل بينة أقيمها فهي داحضة لا تقبل إذا أتي بشهود بعده.

فرع آخر

لو استمهل المدعى عليه في اليمين فإن كان ليراجع النظر في حسابه أمهله بحسب ما يمكنه مراجعة الحساب، وقيل: يمهل ثلاثة أيام ولا يمهل أكثر منها، وإن استمهله لغير ذلك لم يمهله ولم يحبسه على اليمين وكان باطلاً ولا يسأل عن سبب امتناعه عن اليمين.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه: لا أحلف لأنه حلفني على هذه الدعوى مرة واستنظره لإقامة الحجة على يمينه أنظره القاضي مجلساً واحداً أو أكثر على ما يراه إلى ثلاثة أيام، وإن قال أحلفني عندك والقاضي يعلم أنه ما أحلفه لا يقبل ذلك ولا ينظره لإقامة البينة.

فرع آخر

لو لم يكن القاضي عالماً بذلك فأقام البينة أنه حلفه عنده قال ابن أبي أحمد يقبل

البينة تخريجاً مما قال الشافعي رضي الله عنه في «الأم» في باب أدب القضاء: الخصمان إذا تداعيا وأقام المدعي البينة فاتخذ القاضي محضراً بما جرى، فإن حلف الضمان أمر من حضره من [١٢/ ٩٤أ] العدول بتوقيع شهاداتهم في المحضر فإذا أدوا شهادتهم يحكم بها وإلا شهد عليه من يقبل شهادته فتقبله.

فرع آخر

لو لم يقم على ذلك بينة ولكنه رام استحلاف... أنه لم يحلف على هذه الدعوى حلفه القاضي بالله فإن قال المدعي أيضاً، لا أحلف فإنه قد حلفني على ذلك مرة... بينة سمعها القاضي، وإن قال لا بينة لي فأحلفوه على أنه لم... ما حلفته في هذه الدعوى لم يسمع القاضي من المدعي لأن... يدفع ذلك مثل مقالته وعواه وذلك يطول إلى ما لا نهاية له وفي بينته ذريعة إلى منع القاضي من الوصول إلى الحكم فالمدعي أحق بقطع المادة لأنه هو الطالب دون المدعى عليه، فإما أن يحلف، وإما أن يقوم عن المجلس قاله ابن أبي أحمد تخريجاً.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه: حلف المدعي أنه ما أبرأني من هذه الدعوى، مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يحلف المدعي لأنه لو أقر بأنه لا دعوى عليه برىء.

فرع آخر

لو قال أبرأني من هذه الدعوى لا يكون إقراراً بالمال، ولو قال: أبرأني من هذا المال قال ابن أبي أحمد يكون إقراراً بالمال لأن الإبراء لا يكون إلا عن دين قال: ولو حلف رجل لأبرأ فلاناً من هذا المال فبرأه مما ليس عليه لم يكن ذلك إبراءً فدل على أن الإبراء يقتضي ثبوت [١٢/ ٩٤ب] المال وقال بعض المتأخرين من أصحابنا: لا يكون إقراراً بالمال لأن الله تعالى قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَكُونُواْ كَٱلَّذِينَ ءَاذَوۡاْ مُوسَىٰ فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُواْۚ﴾ [الأحزاب: الآية ٦٩] الآية وكان الإيذاء بقولهم به آدرة ولم يكن به آدرة. والجواب عن هذا التمسك أن الله تعالى برأه من قولهم لا من الأدرة فلا حجة فيه لهم.

فرع آخر

لو قال: أبرأني من المال قد بينا أنه يكون إقراراً فإن أقام البينة على الإبراء برىء، فإن لم يكن له بينة فالقول قول المدعي مع يمينه لأن الأصل عدم البراءة، فإذا أراد أن

يحلف قال الشافعي رضي الله عنه: يحلف بالله تعالى أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ثابت عليه ما اقتضاه ولا شيئاً منه ولا اقتضاه مقتضى بأمره ولا يعير أمره ولا أحال به ولا شيء منه ولا أبرأه منه ولا من شيء منه، وإنه لثابت عليه إلى أن حلف هذه اليمين قال أبو إسحاق: هذا إذا ادعى البراءة مطلقاً فإن ادعى البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة، فإذا ادعى أنه استوفى حلف أنه ما استوفى فقط قال أصحابنا: يمكنه أن يجمع ذلك بأن يحلفه أنه لم يبرأ من ذلك الحق لا بقول ولا بفعل، ولو حلفه ما برئت ذمته من ذلك الحق ولا من شيء منه أو ما برأت ذمته من شيء من ذلك الحق كفاه، وما ذكره الشافعي رضي الله عنه [١٢/ ٩٥أ] تأكيداً لا يضر تركه.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: لو... إليه من هذا المال... عنه فإن قال: قضيت كان إقراراً... بالله تعالى... فإن قال: برئت إليه بأن حلفته... بينته على إقراره ما يقول قول المدعى عليه مع يمينه... إليه من هذا المال إقراراً بالمال ورجع في تفسيره به ومعنىٰ قوله من هذا المال إقراراً بالمال قال القاضي الطبري: ويمكن أن يقال في وجه الفرق بينهما أن قوله: أبرأني يقتضي ثبوت المال قبل إبرائه لأن ما يبرأ منه بإبرائه هو المال الثابت، فأما إذا قال: برئت ففيه أو عندي يبرأه من هذا المال محتمل لأن يكون قد حلف له على إنكاره أو غير ذلك فيرجع في تفسيره إليه والله أعلم.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد لو قال عندي مخلص من هذا المال ومخرج من هذا المال لا يكون إقراراً وسأله القاضي عن وجه المخلص، وكذلك لو قال: عندي مخرج من هذه الدعوى أو مخلص أو برأة من هذه الدعوى.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه بعد إنكاره حلفوا المدعي على ما ادعى واحكموا له بما يدعيه لم يحلف المدعي وتعرض اليمين أولاً على المدعى عليه فينكل ثم ترد اليمين على المدعي بعد النكول قلته تخريجاً على مذهب الشافعي رضي الله عنه [١٢/ ٩٥ب] لأنه إنما أجاز رد اليمين وليس ترد حتى تعرض وينكل.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه: لا يجوز لي أن أحلف سأله القاضي عن ذلك، فإن قال: لأني حلفت أن لا أحلف عند حاكم أو نذرت لم يعذره بذلك ولم يجعله ناكلاً بل طالبه باليمين فإن أبى أن يحلف رد اليمين على المدعي.

فرع آخر

لو قال المدعى عليه للقاضي: سل المدعي من أين له هذا المال فإن ادعى من وجه كذا فلي عليه بينة، وادعى من غيره حلفته فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن القاضي بالخيار إن شاء سأله تخريجاً مما قال الشافعي وأوجب أن لا يقبل الشهادة حتى يسأل من أين هذا عليه.

فرع آخر

لو قال المدعي: أريد تأخير إحلاف المدعى عليه ليغلظ بإحلافه بعد الحصر وفي «الجامع» كان له ملازمته إن استحق تغليطها وإن لم يستحق تغليطها فليس له ملازمته.

فرع آخر

لو كانت الدعوى تشتمل على أنواع فأراد أن يحلف على **أحدهما**: ويتوقف فيما عداه جاز، وإن أراد أن يحلفه على كل نوع منها يميناً يميناً فإن فرقها في الدعوى جاز أن يفرق في الأيمان وإن جمعها في الدعوى لم يجز أن يفرق في الأيمان.

فرع آخر

إذا وجب اليمين على المدعى عليه فامتنع أو قال: نكلت عنها أو قال: لا أحلف فإن لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي [١٢/١٩٦أ] أن يعلمه حكمه وهو رد اليمين، وإن. . . يقول له: إن أقمت علي. . . بماذا يستقر نكوله قال ابن. . . واحدة ومن أصحابنا من قال وهو اختيار أهل العرف لا يستقم إلا بأن يعرضه عليه ثلاثاً. . . في الاستطهار.

فرع آخر

إذا استقر النكول فهل. . . الحكم به قبل رد اليمين فيه وجهان: **أحدهما**: لا يرد. . . قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الإجهاد فإن رد. . . لم يجز **والثاني**: يجوز أن يرد. . . على المدعي وإن لم يقل حكمت بالنكول لأن ردها عليه حكم بالنكول.

فرع آخر

لو أراد المدعى عليه أن يحلف بعد الحكم بنكوله ليس له ذلك لانتقالها إلى المدعي.

فرع آخر

لو حلف المدعي بعد النكول والرد عليه حكم له، وإن قال: لاأحلف سألناه عن سبب امتناعه فإن قال: امتنعت لأن لي بينة أقيمها، أو لي حساب أنظر فيه للإحتياط فأحلف على ما تبينته لم يسقط حقه من اليقين ومتى اختار اليمين حلف وثبت حقه. فإن قيل أليس قلتم: لو امتنع المدعى عليه من اليمين لايسأل عن سبب امتناعه، وإدا امتنع المدعي من يمين سئل عن سبب امتناعه فما الفرق؟ قيل: إن المدعى عليه إذا امتنع قويت بذلك جنبه المدعي فإنتقلت اليمين إليه [١٢/ ٩٦ب] فلا فائدة في سؤاله لأنه لا يقبل منه ما يبطل ما ثبت بامتناعه للمدعي، وأما إذا انتقل لا ينتقل الحق إلى غيره بل يقف الأمر فسألناه عن ذلك.

فرع آخر

لو توقف المدعي لغير استمهال هل يحكم على المدعي بالنكول في يمين النكول؟ فيه وجهان: **أحدهما**: وهو قول الإصطخري يحكم، فإن رام أن يحلف بعد الحكم بنكوله لم يجز كما في المدعى عليه، **والثاني**: وهو الأظهر لا يحكم بنكوله والعرف أن نكول المنكر متعلق به حق الغير ونكول المدعي لا يتعلق به حق لغيره فله أن يحلف متى شاء ويستحق. واعلم أن صاحب «الحاوي» ذكر فصلاً وترتيباً حسناً فيما ذكرنا من الفروع فقال: إذا حضر الخصمان عند القاضي ففصل الحكم بينهما يشتمل على ستة فصول: **أحدهما**: ابتداء المدعي تحرير الدعوى، والدعوى على ضربين فيما ينقل وهو على ضربين: **أحدهما**: أن يكون في الذمة، **والثاني**: أن يكون بعين قائمة وهي على ضربين: حاضرة، وغائبة. والفصل الثاني في سؤال المدعي، والفصل الثالث في جواب المدعى عليه وهو على ثلاثة أقسام، والفصل الرابع سماع البينة ولسماعها أربعة شروط: أن تكون موافقة للدعوى، والثاني أن يتفق شاهدا البينة على الشهادة، والثالث أن يسمع بعد الدعوى والإنكار، والرابع أن يكون الأداء بلفظ الشهادة، والفصل الخامس في إحلاف المنكر والمدعي حالتان: أن يترك إحلافه[١٢/ ٩٧أ] وأن يسأل إحلافه وإذا سأل... أحدهما: أن يمسك عن ذكر البينة... أن له بينة غائبة... أن يقول: لا بينة لي حاضرة... والفصل... النكول وقد ذكرنا شرحها...

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد فشهدت قبل الإستشهاد... غاب رسول الله ﷺ... من نقل ذلك وروي أنه ﷺ قال: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد»[1] وروي ثم يأتي أقوام فيحلفون ولا يستحلفون ويشهدون ولا يستشهدون. فإن استعادها القاضي وأعادها قبلت لأنه ليس بجرح وهذا فيما عدا السرقة وقطع الطرق لتعلقه بحق الله تعالى وهذا تحريم مما قال الشافعي رضي الله عنه في شاهدين شهدا عند القاضي على رجل بسرقة من حرز فلان يوجب القطع تسمع الشهادة ويسأل فلاناً فإن ادعاها حكم بها، وعلى هذا لو كان في زكاة أو كفارة يندب إلى الشهادة قبل الاستشهاد وهكذا [١٢/ ٩٧ب]... مقبول والاحتياط أن يثبت الوكالة أولاً، ثم يسمع البينة على المال لأن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا يكون حكماً عند صاحب المال إلا بعد ثبوت الوكالة.

فرع آخر

لو أقر بوكالته وأنكر الدين ورام الوكيل إقامة البينة على الدين، قال ابن أبي أحمد: لا تسمع البينة منه على الدين لأن الوكالة لا تثبت بإقراره إلا ببينة تقوم عليه قلت على مذهب الشافعي تخريجاً، لأنه قال: ولو أقر بالوكاة والدين لا أجبره على دفع المال، وقلت له: إن شئت فادفع، وإن شئت فلا تدفع.

فرع آخر

قال: ولو أرسل رسولاً إلى رجل ليقبض مالاً له عليه فأنكر الرجل لم يكن للرسول أن يخاصمه، ولو وكله بالخصومة دون القبض أو بالقبض دون الخصومة كان وكيلاً في القدر الذي أذن له فيه، وقد ذكرنا عن ابن سريج إذا وكله بالقبض هل له الخصومة، فيه قولان وما قال ابن أبي أحمد أصح.

فرع آخر

لو أقام الوكيل البينة على خصم لحق للموكل فذكر الخصم أن الموكل قد قبض منه الدين أو أبرأه ورام إحضار الموكل ليحلفه قيل له: أخرج مما لزمك ووفر على الوكيل الدين

(١) أخرجه الترمذي في الفتن عن رسول الله، باب ما جاء في لزوم الجماعة (٣١٦٥)، وابن ماجه في الأحكام، باب كراهية الشهادة لمن لم يستشهد (٢٣٦٣).

ثم ارفع الموكل وطالبه قال ابن سريج تخريجاً وإن أراد أن يحلف الوكيل أنه لا يعلم أن الموكل أبرأه فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يحلفه، لأنه لو أقر به خرج من الوكالة والخصومة ذكره ابن سريج.

فروع متفرقة

إذا قال الشريكان: قد قسم هذا [١٢/ ١٩٨أ] المال هل يقبله الحاكم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: . . . جاز وأعادت الإشاعة ولو. . . شريكه أن يقسم منه على أن. . . في كل واحد نصيبه لم يجز. . . كان على أن يكون نصيب الوكيل. . حيزاً واحداً فلا بأس.

فرع آخر

لو اتفق. . . في دار على أن. . . ويرى فيما يأخذه بالقسمة. . . وأنه لم يجز حتى يوكل كل واحد وكيلاً على حاله.

فرع آخر

لو. . . رجل من قوم لرضا بينهم وأرادوا القسمة فله منعها إن أضر، وإن لم يضر ففيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: والله ما بعت شيئاً فقاسم شريكاً له وقلنا: إنها بيع لم يحنث وفيه وجه أن يحنث.

فرع آخر

لو قال رجل للحاكم: لا تقبل شهادتي لأنني جُرحتُ أو جرحت نفسي لم يرده ما لم يبين.

فرع آخر

هل يعدل الحاكم الشهود بعلمه، فيه قولان وقيل: يحكم به قولاً واحداً وهو الأصح

فرع آخر

إذا وقع الحاكم إلى فقيه ليزوج فلانة وعنده أن الموقع إليه المذكور فيه هو فلان بعينه فتبين أنه كان غيره هل يكون هذا إذناً لذلك الدين المذكور في القصة قال والدي رحمه الله:

الظاهر عندي أنه لا يكون إذناً قياساً على من صلى خلف رجل وعنده أنه زيد فبان أنه كان عمرو.

فرع آخر

لو أذن الحاكم في التزويج لمن في... [١٢/٩٨ب] ما... جاز ويكون إذناً مضافاً إلى الاسم والنسب والحرفة المذكورة كل ذلك فيه، وهذا يصح من الرجل لوكيل الغائب عنه الاسم والنسب والحرفة، وإن لم يعرفه بعينه قط ولهذا تعتبر الرواية في صحة الوكالة.

فرع آخر

من عدل في القليل هل يعدل في الكثير؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يعدل في الكل لأن الفاسق لا تقبل شهادته والعدل تقبل شهادته فتقبل على العموم كما ترد على العموم والذي قاله الشافعي رضي الله عنه من الفرق بين القليل والكثير فمراده به أن نفس الإنسان قد تطيب بتعديل الشاهد في القليل دون الكثير، لأن من صحت عدالته في القليل لا يكون عدلاً في الكثير، **والثاني**: أنه يجوز أن يعدل في القليل دون الكثير لأن القضاء بالشهادة بطريق غلبة الظن على الصدق، وقد لا يسكن القلب بقول الإنسان في الكثير دون القليل ولهذا يرى الرجل في... يؤتمن على المال القليل دون الكثير، ولهذا تطيب النفوس بالتعديل في القليل دون الكثير، وفائدة هذا الاختلاف أن الشاهد بالقليل إذا عدله عدلان وصح ذلك بتعديلهما ثم شهدا في الحال هل يلزم السؤال عن الحال ثانياً؟ على هذين الوجهين.

فرع آخر

إذا ادعى الوكيل حقاً على رجل وصحت وكالته عند الحاكم فشهد والد الوكيل أو ابنه بما يدعيه الوكيل لموكله هل تقبل هذه الشهادة إذا كان الوكيل وكيلاً بالخصومة فقط دون [١٢/٩٩أ] قبض الحق؟ يحتمل أن يقال لا تقبل... من الوالد لولده فيجري مجرى تعديله له وذلك لا يجوز ولا... يوجب إسقاط المطالبة عن الوكيل بإقامة البينة و... على المدعى عليه بالمعارضة وبالدفع أو التزام موجب الشهادة.... الشهادة واقعة من فلم يقبل قوله له كما لو كان... اتصالاً قبل شهادته .

فرع آخر

إذا أشهد على امرأة ولم يذكر أنه رآها سافرة عن وجهها يحتمل أن يقال تصح هذه الشهادة ما لو كانت الشهادة على رجل ويحتمل أن يقال لا تصح هذه الشهادة... ظهر لأن

الظاهر. . . وهو الغالب بخلاف الرجل، ويخالف هذا ما ذكره الشافعي إذا شهدوا على إقراره، ولم يقولوا: أنه كان صحيح العقل فهو على الصحة لأن الظاهر وجود العقل فاعتبرنا الظاهر في جميع ذلك.

فرع آخر

إذا ادعى شيئاً في يد غيره وأقام عليه شاهدين ظاهرهما العدل فعدل المدعي عند عدل فتلف عنده ثم ثبت أن الشيء كان للمدعي أو للمدعى عليه فلا ضمان على الحاكم ولا على العدل، وهل. . . المحكوم عليه الضمان يحتمل وجهين الأصح أن يقال: إن الحكم للمدعي فالمدعى عليه يلزمه الضمان، وإن علم أنه للمدعى عليه فلا ضمان على المدعي، ولو سلم الحاكم الشيء المدعى على طريق التعديل عنده لا يجوز له ذلك لأن التعديل لا يكون عند [١٢/٩٩ب] المنازع ولكن لو فعله الحاكم فتلف في يد المدعي ثم صح أن الشيء كان له فهل يلزم المدعى عليه الضمان؟ فمرتب على ما ذكرناه من الوجهين فإذا اسقطناه هناك فهنا أولى وإن أوجبنا الضمان هناك ففي هذا وجهان مخرجان بناءً على القولين في إطعام الغاصب المغصوب منه مع جهل المالك بالحال، ووجه الجمع بينهما أن التسليم حصل لاعلى إلتزام لأن المدعي لايتمكن من التبسط فيه بالتصرف والتنازع حاصل كما أن المغصوب منه مع الجهل بالحال لايتمكن من التصرف في المغصوب لأن الإباحة توجب جواز التصرف على الخصوص دون العموم فوجب تخريج الجواب على وجهين لهذا الوجه.

فرع آخر

إذا نوى العزل أن يواقع كبيرة كالقتل والزنا لم يصر به فاسقا، وإذا نوى المسلم أن يكفر غداً فهل يكفر في الحال؟ فيه وجهان: والصحيح أنه يصير كافراً في الحال، والفرق أن نية الاستدامة في الإيمان شرط والتوبة لاتجب في حق من لاذنب له فإنه ليس الأصل وجوب الفسق والأصل فقد الإيمان وإيجاب فعله.

فرع آخر

القاذف إذا أتى بأربعة يشهدون بزنا المقذوف، وأحدهم أبوه أو ابنه هل تقبل هذه الشهادة؟ يحتمل أن تقال: تقبل فيثبت الزنا بشهادتهم ثم يسقط الحد عن القاذف لثبوت الزنا ولهذا لو ثبت [١٢/ ١٠٠أ] على رجل الزنا بشهادة الشهود قبل القذف ثم قذفه ابن أحد الشهود أو أبوه بعد الحكم لم تبطل الشهادة ولم يلزم القاذف الحد ولافرق بين أن يكون هذا القذف بعد إقامة الحد على المشهود عليه أو قبل إقامته فإن كان بعد إقامته ظهر ويحتمل أن

يقال: لاتقبل هذه الشهادة لأن هذه تجر نفعاً وتنفع ضراً عن والده أو ولده فتصير كالشهادة التي يدفع الشاهد بها عن نفسه ضرراً ولايشبه هذا إذا تأخر القذف عن الحكم بالشهادة بدليل أن شاهدين لو شهدا لرجل بدار وحكم الحاكم بشهادتهما ثم ملكها أحد الشاهدين صح، ولو اشتراها أولاً ثم شهد أبوه أن البائع كان مالكا حين البيع لم يقبل فدل على الفرق بين ما ماقبل الحكم وما بعده.

فرع آخر

الشاهد على الزنا إذا قدم لفظ الزنا ثم عقبه بقوله: اشهد على ذلك يحتمل على مذهبنا أنه يصير قاذفاً لأن بقوله زنا صار قاذفاً ولزمه الحد، فإذا قال: وأنا اشهد على ذلك صار متَّهماً في إسقاط موجب القذف عن نفسه وبهذا فارق تقديم لفظ أشهد لأن التهمة منتفية هناك، ويخالف هذا سائر الشهادات إذا أخر فيها لفظه لأن بقوله لم يتوجه عليه شيء فلم يصر متهماً بضم لفظة أشهد إليه فقبلنا، ولهذا لو لم يعقب بقوله أشهد هناك ثم شهد في مجلس أخر يقبل بخلاف مسألتنا ويحتمل أن يقال [١٢/ ١٠٠ب] يحصل في المسألة وجهان.

فرع آخر

إذا شهد على إقرار المدعى عليه بعشرة دراهم وكان المدعي ادعى بتسعة فالشهادة زائدة على الدعوة فتبطل في الزيادة، وهل تبطل في الباقي؟ قولان بناد علي القوانين تنقيص الشهادة.

فرع آخر

لو ادعى رجل على رجلين مالاً ثم شهد له الرجلان على أخر بدين، الأظهر أنها مقبولة إلا أن يكون ذكر في دعواه عليهما ما لو صح كان فسقاً وإنكارهما لحقه لايوجب التنسيق لجواز أن يكونا خاطئين في الإنكار ويجب أن لايفصل بين أن تكون هذه الشهادة في المجلس الذي وقعت فيه الدعوى الأولى أو غيره.

فرع آخر

إذا ادعى رجلان على رجل مالا فأنكر ثم شهدا له بشيء على رجل يجب أن تقبل إذا لم يقل عند إنكاره مايوجب على قوله فسقهما، ولا فرق بين أن تكون هذه الشهادة في ذلك المجلس أو مجلس غيره.

فرع آخر

إذا ادعي على آخر عشرة دنانير وذكر أوصافها إلا أنه لم يذكر أنها موزونة بالمثاقيل، أو شهد شاهدان على البت بعشرة دنانير ولم يذكر من أوصافها أنها موزونة بالمثاقيل هل تصح هذه الدعوى والشهادة؟ الأظهر أنها تصح لأنه استقر العرف عل أنه يراد به الوزن دون العدد ولهذا إذا باع ماله بعشرة دنانير ولم يذكر الوزن حمل عليه ولهذا [١٢/١٠١أ] إذا أقرّ به وأطلق حمل عليه ولم يقبل قوله أنه أراد به العدد بإتفاق أصحابنا، وقال بعض أصحابنا: لاتصح إلا بذكر الوزن لأن هذا اللفظ يحتمل الوزن والعدد لو أقر بعشرة دراهم عدد الحزمة بهذه الصفة فلولا محتمل اللفظ لما صح تفسيره به والشهادة بالمحتمل إذا وقعت البت لاتكون صحيحة، والأول أصح لأن ما يصح أن يفسق من حمله مطلقة على مايفعل من ظاهره ألا ترى أنه لو بالطلاق أو الحرية يصح وإن صح بغير ذلك بالطلاق من وحرية الخلق ولو قيد هكذا لم يقع الطلاق ولاالحرية وقد عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال: علي عشرة دراهم عدداً وزناً وعدداً.

فرع آخر

إذا شهد على شهادة رجل أن الأرض التي حدودها كذا لفلان ولايعرف شاهد الفرع الأرض وهي معلومة عند شاهد الأصل يحتمل أن تقال تصح هذه الشهادة لأنه ناقل للشهادة غير مبتدئ بها، وهذا كما أن الناقل عن أبي هريرة أو غيره لاتعتبر مشاهدته النبي ﷺ وأن اعتبر ذلك في المنقول عنه.

فرع آخر

إذا السلطان ثم شهد عليه السعاية ولم يظهر شيء [١٢/١٠١ب] وعنده شهادة لرجل هل له أن يشهد أو عليه أن يشهد؟ فيه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الفاسق هل عليه إقامة الشهادة لأن الشاهد فرضه وحقه أن يؤدي الشهادة والتفحص عن العدالة من فرض الحاكم فإذا لم يجد الحاكم وجه يوجب الجرح فلا على الشاهد شيء إذا أدى الفرض.

وقال الحق ويحتمل أن يقال: لا يشهد لأن في أدائه الشهادة إيقاعاً منه في الحكم بالباطل بل هو حمل له على أن يحكم حكماً باطلاً وهذا لا يجوز لأن الحمل على الباطل منهي عنه في الدين وبهذا فارق إذا كان فسقه ظاهرا عند...[1] لأن ذلك لايقتضي حمل

(١) العبارة غير واضحة في الأصل.

الحاكم على الحكم بالباطل لأن الحاكم إذا تفحص عن الحال عرف الفسق، ولا يصح أن يقال: الحاكم قضى بالحق فكيف يكون باطلاً لأن السبب الذي يستند إليه القضاء إذا كان باطلاً من جهة الشرع كان القضاء باطلاً، وإن وافق الحق عند الله تعالى، كمن صلى الفرض مع الشك في دخول الوقت تكون صلاته باطلة، وإن صادفت الوقت ولهذا نقول من اعتقد التوحيد عما ظنه دليلاً وليس بدليل في الحقيقة فهو غير عارف بالتوحيد كمن اعتقد لا عن دلالة أصلاً.

فرع آخر

إذا ادعى على آخر مالاً فعرض اليمين على المدعى عليه فرد اليمين على المدعي فاستمهل [١٢/ ١٠٢أ] لينظر في الحساب أتأخر لعارض أمر ثم عاد في مجلس آخر فقال المدعى عليه: أنا أحلف الآن فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لأن المجلس الثاني لا ينبني على الأول في الأقوال وغيرها، **والثاني**: ليس له ذلك لأن اليمين صارت حقاً للمدعي في المجلس الأول وسقط فيه حق المدعى عليه عنها فلا تعود بزوال المجلس وعلى هذا يجب أن لا يلزم استئناف الدعوى والرد في المجلس الثاني.

فرع آخر

إذا ادعى رجل على رجل عشرة دنانير فأنكر وامتنع من اليمين وقال: أرد اليمين في خمسة من هذه الجملة وأحلف في الباقي.

الظاهر جواز هذا الرد لأن نكول المدعى عليه ويمين المدعي إما أن تكون كإقرار المدعى عليه، أو كإقامة البينة، أو أضعف منهما، وإلى الأمور كان يوجب جواز ذلك لأنه لو أقر بالبعض ورد اليمين كان له، فكذلك هذا لأن كل واحد منهما رد اليمين في بعض ما تناولته الدعوى، فلو ادعى على رجل عشرة دنانير فأنكر فقال المدعي: أحلفه في خمسة الآن، الأظهر أن له ذلك لأن له إقامة البينة على البعض فله التحليف في البعض، لأن كل واحد منهما أحد حجتي المدعي، ولا يقال في هذا إضرار بالمدعى عليه لأن هذا يوجب إذا ادعى خمسة وحلف المدعى عليه أن لا تسمع دعواه في خمسة أخرى ليعرض عليه اليمين ثانياً، وكذلك [١٢/ ١٠٢ب] ثالثاً ورابعاً. ومن أصحابنا من قال في كلتي المسألتين: ليس له ذلك وليس بشيء.

فرع آخر

لو شهد شاهدان لرجل ثم قال المدعي بعده: صرفت شاهدي عن شهادتهما هذه بطلت الشهادة ولا يصح الحكم بها لأن صحة الشهادة يفتقر إلى طلب المدعي لها فلا بد من المقام على الطلب، يؤكده أن الشاهد لو صرف نفسه عن الشهادة لم يجز القضاء بشهادته كذلك إذا صرفه المشهود له عنها، فإن عاد المدعي وأقام هذا الشاهد ثانياً قبلت الشهادة لأنه لم يكذبها، وإنما صرف نفسه عن إقامتها فإذا أعيدت ثانياً لزم قبولها.

فرع آخر

إذا ادعى على آخر شيئاً في يده وأقام بينة على ما ادعاه، ثم أقام المدعى عليه بينة على أن الشيء له، ثم أقام الخارج بينة على إقرار المدعي أنه لا حق له فيه ولم يذكروا التاريخ يحتمل أن يقال: يقضى ببينة الخارج لأن قوله لاحق له فيه إنما ينبىء عما عقلناه بالأصل أنه لا حق له فيه فكما أن علمنا بهذا الأصل لا يمنع من القضاء بشهود الخارج على إقرار صاحب اليد لم يكن قول المدعى عليه إذا وافق هذا الأصل مانعاً منه، ويبين هذا أن هذه الدعوى لو كانت بدين في الذمة فأقام المدعي بينة على إقرار المدعى عليه بكذا وأقام الآخر بينة على إقرار المدعي أنه لا حق له عليه لم تكن هذه [١٢/ ١٠٣أ] البينة دافعة لبينة المدعي على ما ذكرنا من المعنى، فكذلك القول إذا كانت الدعوى في العين.

فرع آخر

إذا أشهد على شهادة ابنه وكانا عدلين صحت الشهادة، فإن قيل: لعل الابن يخفي من حال والده ما لو ظهر كان جرحاً قلنا: نحن لا نعمل على تعديل الابن بل المسألة مصورة فيه إذا عرفت عدالة الوالد من غير جهة الابن ولا تهمة في سماع الشهادة على شهادته، ولا يقال: يخفى الجرح إذا كان شاهداً على شهادته لينفذ قوله فيصير متهماً من هذا الوجه لأن هذا يوجب إذا شهد الرجل مع ابنه لأجنبي شيء أن لا تقبل شهادتهما لأن كل واحد يخفي ما يعمله من صاحبه من الجرح ليعمل، وأجمعنا على قبول هذه الشهادة وهذا اختيار أبي عبد الله القطان الطبري من أصحابنا.

ويحتمل أن يقال: لا تقبل لأنه لو شهد علي على شهادة وجرحه وعدله سائر الناس لم تقبل شهادته على شهادته فلما كان قوله عليه بالجرح مسموعاً وهو سكت من الجرح صار كأنه منفذاً لشهادته لأن شهادته لا تتم إلا بسكوته عن جرحه وبهذا خالف شهادة الرجل مع ابنه لآخر، لأن أحدهما: لو جرح الآخر وعدلهما سائر الناس كان العمل على التعديل فلا تهمة إذاً في شهادة أحدهما: مع صاحبه فجوزناها.

فرع آخر

إذا شهد الابن عند أبيه الحاكم لأجنبي على آخر الأظهر [١٢/١٠٣ب] أنه لا يقبل، وإن كان أزهد الناس عند الكافة لأنه يجوز أن يخفي ما يعرفه من أحواله من الجرح فلا يعرى عن تهمة، وفيه وجه آخر: يجوز ذلك إذا كانت عدالته معقولة من غير جهة الوالد.

قال هذا القائل: أليس يجوز للوالد أن يستخلف ابنه على القضاء ولا يعرى عن تهمة لأنه قد يخفي ما لو ظهر لا يجوز استخلافه فجاز مثله في مسألتنا، وهذا لأن التهمة الضعيفة لا توجب رد الشهادة كالصداقة والأخوة.

فرع آخر

إذا ادعى على آخر في يده وأقام بينة، ثم أقام المدعى عليه شاهدين على أن الشيء له فعاد شهود المدعي بمطالبة المدعي وشهدوا بجرح شاهدي المدعى عليه الأظهر أن هذه الشهادة مسموعة؛ إذ لا مانع من قبولها من قرابة وعداوة وغيرها، وقال بعض أصحابنا: لا تقبل هذه الشهادة لأنهم متهمون في تنفيذ شهادتهم وهذا ضعيف لأن شاهد الفرع إذا عدل شاهد الأصل قبل، وإذا شهد الرجل مع ابنه لحق تقبل الشهادة وما ذكروه من التهمة الضعيفة موجودة في هذين الموضعين وهذا لأن ما عرفناه من عدالة الشاهدين يمنعنا من المبالاة بهذه التهم الضعيفة.

فرع آخر

إذا أراد النظر إلى امرأة أجنبية للشهادة مرة واحدة وهو يعلم أنه لا يقع له [١٢/١٠٤أ] المعرفة بالمرة الواحدة على وجه ورآها ثانياً على أنها تلك المرأة هل يفسق به ويصير ذلك طعناً؟ ويحتمل أن يقال: لا يكون طعناً لأن لهذه الرؤية تأثيراً في شهادته لأن الرؤية لو تكررت حتى وقعت المعرفة على الوجه الذي ذكرناه كان المؤثر في ذلك جميع ما تقدم من الرؤية فلم يصر هذا طعناً في العدالة، وإن كان هذا القدر غير كاف في جواز الشهادة كالعبد يدخل في الشهادة في مثل ذلك فلا يصير طعناً في عدالته من جهة جواز أداء الشهادة بهذه الرؤية بعد الحرية، وإن كانت لا تقبل في الحال ويحتمل أن يقال: يكون طعناً لأن التحمل لا يقع بهذه الرؤية فهي إذاً غير مفيدة فصار كالرؤية لا لغرض صحيح ويفارق مسألة العبد لأن التحمل هناك يقع بتلك الرؤية على وجه الصحة فصارت الرؤية مفيدة هناك فلم تصر طعناً، وهذه الرؤية وإن كان لها تأثير فإنما يحصل ذلك التأثير بضم غيرها إليها ومسألتنا فيمن يريد الاقتصار على هذه النظرة الواحدة.

فرع آخر

إذا قال المشهود له للشاهد: عفوت الشهادة ثم طلبها منه يلزمه إقامتها لأن أداء الشهادة هو حق لله تعالى وحق الله تعالى لا يصح فيه العفو من المشهود له ولأن الشاهد يجرح بهذا العفو من الشهادة لا [١٢/ ١٠٤ب] صحت الإقامة.

فرع آخر

إذا قال: زنيت ولكني حددت يحتمل أن يقال: لا يقبل قوله بخلاف ما لو رجع عن إقراره يقبل لأن رجوعه أوجب شبهة في أصل الفعل وهو الزنا فلم يكن الحد، وهنا يدعي استيفاء ما وجب عليه فلا يقبل إلا ببينة، ويحتمل أن يقال: يقبل لأنه لو لم يقبل قوله في استيفاء الحد لم يقبل في الرجوع كما في الأموال، يؤكده أنه لو أقر ثم رجع لا يقبل، ولو ادعى دفع الزكاة إلى ساعٍ آخر قبل قوله فصار أمر القبول في دعوى الاستيفاء أولى.

فرع آخر

إذا قال رجل: لا شهادة لفلان عندي في الأرض الفلانية إلا باليد، ثم شهد بالملك في الحال يحتمل أن يقال: لا تقبل، ولا يقال: اليد دلالة على الملك، والشاهد به الشاهد بالملك في الحقيقة، لأنه لو صح هذا لما جاز أن يكون شاهداً بالملك دون اليد، أو باليد دون الملك وأجمعنا على جوازه.

فرع آخر

لو قال للقاتل: عفوت عن بعض دمك ولم يبين مقدار البعض فإن قلنا: البراءة عن المجهول تجوز فهذا أجوز، وإن قلنا: لا يجوز ذلك فهنا يحتمل أن يقال: يجوز لأن العفو عن البعض فيه كالعفو عن الكل.

فرع آخر

إذا اعتقد الشاهد أن الحاكم لا يصلح للقضاء لكنه يوصل المشهود له إلى حقه بشهادته لزمه أن يشهد عنده [١٢/ ١٠٥أ] ذكره أصحابنا.

فرع آخر

إذا حلف فاستثنى في يمينه أعيدت عليه اليمين مثل أن يقول: إن شاء الله قال: إلا أن يكون بين يمينه واستثنائه سكتة فلا يعاد عليه لأن الاستثناء إذا انفصل عنها لا يعمل فيها.

كتاب الشهادات[1]

الأصل في الشهادات الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] الآية.

فذكر الشهادة في هذه الآية في ثلاثة مواضع فقال: **﴿واستشهدوا شهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾** ثم قال: **﴿وأشهدوا إذ تبايعتم﴾** ثم قال: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٣] فلما توعد على كتمان الشهادة دل على أنه إذا ظهر تعلق الحكم بها، وأيضاً قوله تعالى: **﴿أو أشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾**.

وأما السنة فما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ سئل عن الشهادة فقال: «ترى الشمس فقال: نعم، فقال: مثلها فاشهد أو دع»[2]. وقال ابن عباس رضي الله عنهما: ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال: «أما أنت يا بن عباس فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس وأومأ بيده [١٢/ ١٠٥ب] إلى الشمس»، وأيضاً روي أن النبي ﷺ قال في خبر الحضرمي والكندي «شاهداك أو يمينه ليس لك غيره»[3].

وقال ابن عمر رضي الله عنهما: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال حتى يخرج مما قال»[4] والردغة الوحل الشديد يقال: ارتدغ الرجل إذا ارتطم بالوحل.

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيها والحاجة داعية إليها، فإذا تقرر هذا فالحقوق على ضربين: حق الله وحق الآدمي، فأما حقوق الآدمي فعلى ثلاثة أضرب:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٣).
(٢) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٥٥).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها (٣٥٩٧)، وأحمد في «مسنده» (٥٣٦٢).

أحدهما: ما ليس بمال، ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والطلاق والرجعة والعتق والكتابة والتدبير والنسب والولاء وعقد الوكالة وإثبات البلوغ والموت وجرح الشهود وعدالتهم وإثبات الإسلام في الردة والإيلاء والظهار وانقضاء العدة والإقرار بالاستيلاد والجناية الموجبة للقود فلا يقبل فيها إلا شهادة ذكرين حرين فقط.

والثاني: ما كان مالاً كالغصب والقرض والمقصود منه المال كالبيع والإجارة والرهن ونحو ذلك يقبل فيه ثلاث حجج شاهدان، وشاهد، وامرأتان [١٢/١٠٦أ] وشاهد ويمين.

والثالث: ما يقبل فيه أربع نسوة مفردات وهو الولادة والاستهلال، والرضاع، وما لا يجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب من العيوب المستورة بالعورة.

وأما حقوق الله تعالى: فلا يقبل فيها شهادة النساء بحال وهي ثلاثة أضرب: ضرب لايقبل فيه إلا أربعة ذكور، وهو الزنا، وضرب لا يقبل فيه إلا شاهدان ذكران وهو شرب الخمر والسرقة والقتل في المحاربة، وضرب هل يقبل فيه رجلان أو يعتبر فيه أربعة؟ فيه قولان وهو في الإقرار بالزنا، فإذا تقرر هذا فنقول: قال الشافعي قال الله جل ذكره: **﴿واشهدوا إذا تبايعتم﴾** فاحتمل أمره جل وعز أمرين: **أحدهما**: أن يكون مباحاً تركه والآخر حتماً يقضي من تركه بمنزله، فلما أمر الله تعالى في آية الدين والدين شائع بالإشهاد وقال فيها: **﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤدِّ الذي أؤتمن أمانته﴾** دل على الأولى دلالة على الحط لما في الإشهاد من منع التظالم بالجحود والنسيان الفصل إلى آخره.

وجملة هذا أن الإشهاد على شيء من العقود غير واجب إلا في النكاح، وفي الرجعة قولان والاحتياط في البيع الإشهاد، وكذلك في المداينات ويستحب ذلك [١٢/١٠٦ب] ولا يجب وبه قال عامة أصحابنا، وقال سعيد بن المسيب والضحاك والحسن والشعبي وداود يجب الإشهاد على البيع، واختلف أصحاب داود فمنهم من قال: يحتاج أن يقول المتبايعان أشهدناكم ومنهم من قال: يكفي إحضارها واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢].

ودليلنا ما ذكره الشافعي رضي الله عنه أن هذا محمول على الندب والاحتياط بدليل أنه لم يأمر بذلك عند العلم بالأمانة، ثم بين ما فيه الفوائد فذكر أن صاحب الحق يستفيد بأن يستوثق حقه بالشهادة ومن عليه يستفيد من وجهين **أحدهما**: أن يمنعه مكان الشهود من الجحود، **والثاني**: أنه لو مات ولم يعلم وارثه أن عليه ذلك الدين يشهد الشهود فيؤخذ الدين من تركته فلا تبقى ذمته مرهونة به.

واحتج بخبر الأعرابي «باع فرساً من رسول الله ﷺ ثم جحده فشهد له خزيمة»[١] ووجه الدليل أنه لم يكن استشهد أحداً على البيع على ما ذكرنا. وقيل: إن خزيمة كان يشهد عند الخلفاء فيقضون بشهادته وحده.

وقال الإمام الجويني في «المنهاج»: هذا الأعرابي جحد بقول بعض المنافقين فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقال أبو بكر لرسول الله ﷺ [١٢/١٠٧أ] «شاهداك فترافعا إلى عمر رضي الله عنه فضرب عنقه»[٢] وإنما ضربه لأنه كذب على رسول الله ﷺ فصار مرتداً بالتكذيب، وهذا يدل على أن مثل هذا المرتد لا يستتاب.

وذكر بعض أصحابنا بخراسان في مثل هذا الخبر أنه ﷺ «بايع أعرابياً فرساً فجحد الأعرابي الثمن»[٣] وهذا غلط ظاهر. ولأن البيع عقد معاوضة محضة فلا يفتقر إلى الإشهاد كالإجارة، فإن قال: قليل الأمر بظاهره يدل على الوجوب فلم نزله الشافعي منزلة واحدة في الاحتمالين احتمال الإباحة واحتمال الوجوب وهلا قال: ظاهره الحتم فهو على الوجوب إلى أن يقوم الدليل قلنا: الأمر إن كان على الوجوب فهو يحتمل الإباحة، والشافعي ما ادعى أحد الاحتمالين ولكن ادعى مجرد الاحتمالين. فإن قيل أليس قد اشتغل بطلب الدليل لإجراء الأمر على أحد الاحتمالين؟ فهل دل على أنه لم يجعل صفته للوجوب؟، قلنا: بل يحمل الأمر على ظاهر الوجوب مع احتماله الإباحة ثم طلب الدليل على إزالة ظاهره في الوجوب والدليل آية الدين وهكذا يفعل في سائر الأوامر حيث ما كانت.

باب عدة الشهود وحيث لا يجوز فيه شهادة النساء

مسألة: قال: دل كتاب الله تعالى على أن لا يجوز في الزنا [١٢/١٠٧ب] أقل من أربعة[٤].

قد ذكرنا أن الحقوق ضربان: مجملاً والكلام الآن في شرحها وتفسيرها، فالزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود على أي صفة كان لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: الآية ٤]. وقوله تعالى: ﴿لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: الآية ١٣]. وقال ﷺ: في خبر سعد حين قال: «يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٠/١٤٥).

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٧/٦).

حتى آتي بأربعة شهداء قال نعم»[١]. وروي أن عمر رضي الله عنه جلد ثلاثة نفر شهدوا الزنا حين لم يتم الرابع[٢].

ولأن الأمة أجمعت على أن عدد الشهود في الزنا أربعة لا يجوز النقصان منه. والمعنى في ذلك أن الناس مندوبون إلى الستر على الزاني بدليل قوله ﷺ لهزال: «حيث أمر ماعزاً أن يقر بالزنا هلا سترته بثوبك يا هزال»[٣].!

فإذا شهدوا مع كونهم مندوبين إلى الستر غلظ عليهم فلم يقبل إلا أربعة ولا مدخل للنساء فيها بحال لأنه تعالى قال: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: الآية ٤]. والهاء إنما تدخل على جمع المذكر وتسقط في جمع المؤنث. وروي عن عطاء وحماد بن أبي سليمان أنهما قالا: يجوز ثلاثة رجال وامرأتان لأن شهادة المرأتين تقوم مقام شهادة رجل كما في الحال، وهذا لما غلط لما ذكرنا، وقال الزهري: جرت السنة من النبي [١٢/١٠٨أ] ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود.

وأما عدا الزنا من حدود الله تعالى فيقبل فيها شاهدان ذكران لأنه فعل يحصل من شخص واحد فيثبت بشاهدين كإتلاف المال، ولا يقبل فيها شاهد وامرأتان خلافاً لعطاء وحماد وهذا لأنها تدرأ بالشبهات فكانت الشهادة فيها أغلظ كالزنا لما كان أغلظ لتعديه إلى اثنين واختصاصه بإسقاط نسب الولد كانت الشهادة فيها أغلظ مما عداه. ثم قال الشافعي رضي الله عنه هنا وقال الله تعالى في الإمساك والفراق ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: الآية ٢] فانتهى إلى الشاهدين ودل على ما دل قبله من نفي أن يجوز فيه إلا رجال لا نساء معهم لأنه لا يحتمل إلا أن يكونا رجلين وقصد بهذا أنه لا يقبل في الرجعة والطلاق إلا شاهدان ذكران ولا مدخل للنساء في ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: الآية ٢] في الرجعة فانتهى إلى شاهدين، وقوله: ودل على ما دل قبله أي ودلت هذه الآية على مما دلت عليه آية الربا في أول الباب أن النساء لا مدخل لهن فيها وكذلك النكاح والخلع والعتق والقصاص والقذف والعتق والنسب والكناية والتدبير وعقد الوكالة والوصية، فلا يقبل فيها شهادة النساء وبه قال مالك والأوزاعي والنخعي وقال الحسن البصري لا يجيزه...[٤] [١٢/١٠٨ب] ونحوه عن التخفي.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) سواد في الأصل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقبل في ذلك شاهد وامرأتان واحتج الشافعي رضي الله عنه بما ذكرنا، ثم قال: وقال الله تعالى في آية الدين: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. ولم يذكر في شهود الزنا ولا الفراق ولا الرجعة امرأة ووجدنا شهود الزنا يشهدون على حد لا على مال، والطلاق والرجعة تحريم بعد تحليل وتثبيت تحليل لا مال وهذا لفظ مشكل وأراد أن الطلاق تحريم شيء بعد التحليل، والرجعة تثبيت تحليل وكلاهما ليسا بمال، والوصية إلى الموصى له قيام بما أوصى به إليه لا أن له مالاً، يعني لا تثبت ولاية التوصية بشاهد وامرأتين، كما لا يثبت الطلاق والرجعة خلافاً لأبي حنيفة، ثم قال: ولا أعلم أحداً من أهل العلم يخالف في أنه لا يجوز في الزنا إلا الرجال وأكثرهم قال في الطلاق ولا في الرجعة إذا تناكر الزوجان، وقالوا في ذلك في الوصية وأراد الوصاية إليه فكان ذلك كالدلالة على ظاهر القرآن وكان أولى الأمور أن يصار إليه ويقاس عليه وهذا تنبيه للقياس على الزنا فكأنه قاس ما عدا الأموال على الزنا.

وقوله لا أعلم أحداً من أهل العلم يخالف لعله يريد به الصحابة رضي الله عنهم، فأما من بعدهم فالكافة على ذلك إلا عطاء وحماد على ما ذكرنا. [١٢/١٠٩أ] ثم قال: والدين فما أخذ المشهود له مالاً جازت فيه شهادة النساء مع الرجال وما عدا ذلك فلا يجوز إلا الرجال.

وذلك مثل القروض والبياعات والإجارات والوصية بالمال والإقرار بالمال والإقرار بالإتلافات والغصوب والآجال التي يقصد بها استحقاق المال وسائر الثلاث وقبل الخطأ والعمد الذي لا يوجب القصاص مثل قتل الحر عبداً ونحو ذلك، وكذلك إثبات الإقالة والرد بالعيب وضمان المال وإثبات قبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير ففيه وجهان:

أحدهما: لا يثبت لأن العتق به يحصل، **والثاني**: يثبت لأن العتق يحصل بفقد الكتابة لا بهذا، وكذلك الرجوع في التدبير وعجز المكاتب عن أداء النجوم ووجوب المهر بوطء الشبهة وثبوت طاعة المرأة لاستحقاق النفقة، واستحقاق سلب الغنيمة بقتل الكافر، وإثبات أن مال الصيد لعملك بذلك وعقد المسابقة وحصول السبق فيه، ونحو ذلك يثبت كله بشاهد وامرأتين.

ثم قال وفي قول الله عز وجل: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] وقال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. دلالة على أن لا تجوز شهادة النساء حيث تجوز إلا مع رجل ولا يجوز منهن إلا امرأتان فصاعداً بهذا أن شهادة

النساء [١٢/١٠٩ب] في المال لا تجوز وحدهن حتى يكون معهن رجل ولا يقبل منهن أقل من امرأتين للآية التي ذكرنا.

والمعنى في ذلك ما أشار بعد هذا فقال: وأصل النساء أنه قصر بهن عن أشياء بلغها الرجال وأنهم جُعلوا قوامين وحكاماً ومجاهدين، فإن لهم السهمان من الغنيمة دونهن وغير ذلك، فالأصل أن لا يجزن فإذا جزن في موضع لم تعد بهن ذلك الموضع.

وفي ضمن هذا الكلام أن المرأة لا يجوز أن تكون قاضية خلافاً لأبي حنيفة، ولأن الله تعالى ما جوز شهادتهن في آية الدين إلا مع رجل فكيف تفرد بالقضاء؟ وفيه إلى مسألة من الأصول أن الأصل إذا كان ممنوعاً محصوراً فاستثني عن أصل الحصر شيء لم يجز القياس على ذلك المستثنى هذا معنى قول الشافعي فالأصل أن لا يجزن، فإذا أُجزن في موضع لم يعد بهن ذلك الموضع، ونظير هذا على أصله مسألة العرايا فيما زاد على خمسة أوسق، ومسألة حصر المريض ونحو ذلك.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: وكيف أجازهن محمد بن الحسن في الطلاق والعتاق وردهن في الحدود في إجماعهم على أن لا يجزن على الزنا ولم يستثنين في الأعواز من الأربعة؟ دليل على أن لا يجزن في الوصية إذا لم يستثنين في الأعواز من شاهدين وهو إشارة [١٢/ ١١٠أ] إلى قوله تعالى في الوصية ﴿ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [المَائدة: الآية ١٠٦]، ولم يذكر رجل وامرأتان هنا فدل أن الوصاية لا تثبت بذلك وعلى ما ذكرنا قال بعض أصحابنا بخراسان: لو أرادت المرأة إثبات النكاح لمكان المهر يقبل شاهد وامرأتان لأن النكاح يرتفع بقول الرجل متى شاء ويؤاخذ بإقراره أنه لا نكاح بينهما، وحكي عن الحسن البصري أنه قال: كل ما يوجب القتل لا يقبل فيه أقل من أربعة عدول كالزنا وهذا لا يصح لأن الزنا مختلف فيه وبعضه يوجب الرجم وبعضه يوجب الجلد والشهادة فيهما واحدة فيجب أن يخالف ما عداه فيما يوجب القتل ولا يوجبه في أن تكون البينة فيه واحدة.

مسألة: قال: وقال بعض أصحابنا: إن شهدت امرأتان لرجل بمال حلف معهما[1].

الفصل

قد ذكرنا أنه يقبل في المال شاهدان وشاهد وامرأتان بلا خلاف ويحكم بشاهد ويمين خلافاً لأبي حنيفة ولا يحكم فيه بأربع نسوة وأكثر منهن بلا خلاف.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ١٧).

ولو شهد به امرأتان وحلف معهما لا يحكم به خلافاً لمالك رحمه الله، فإنه قال: يحكم بذلك كما يحكم بشاهد ويمين لأن المرأتين تقومان مقام رجل وهذا غلط لما قال الشافعي: لو جاز هذا لجاز أربع نسوة ويعطي بهن حقاً، فإن قال مالك: هما مع يمين رجل كرجلين فيلزمه أن لا يجيزهما مع يمين امرأة والحكم فيهما واحد [١٢/ ١١٠ب] ولأن اليمين أضعف من المرأتين لأن شهادة الرجل والمرأتين أكثر من شهادة الرجل مع اليمين، فإذا لم يجز الحكم بشهادة المرأتين مع المرأتين فلأن لا يجوز بشهادة المرأتين مع اليمين أولى ولأن اليمين ضعيف، فإذا انضم إلى المرأتين انضم الضعيف إلى الضعيف فلا يتقوى بخلاف ما لو انضم المرأتان إلى رجل أو اليمين إلى رجل.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: وكان القتل والجرح وشرب الخمر والقذف مما لم يذكر فيه عدد الشهود في نص كتاب ولا نص سنة لكان ذلك قياساً على شاهدي الطلاق وغيره مما وصفت.

قال أصحابنا: من نظر أن لظاهر هذا الكلام ظن أن الشافعي قصد به بيان مجرد المذهب وليس كذلك بل فيه بيان المذهب أقوى حجة على أبي حنيفة، ووجه الحجة فيه أن أبا حنيفة وافقنا على أن شرب الخمر والقذف والقصاص لا يثبت إلا برجلين وليس لشهادة هذه الأحكام نص في الكتاب ولا في السنة فما استقرأناها إلا قياساً بالإجماع على شاهدي الرجعة المنصوصين في آية الرجعة فكيف وافقنا في الفرع المستنبط من الأصل ثم خالفنا في الأصل؟

ولا يجوز أن يقال: علم ذلك بالقياس على حد الزنا لأن العدد هناك أربعة، وهنا لا يعتبر أربعة فإن قيل: فهذا إثبات الأصل المختلف فيه بفرع متفق عليه [١٢/ ١١١أ] وهو محال قلنا: لم نأخذ حكم الأصل من الفرع بل تعرفنا بوجود الحكم في الفرع أنه ثابت في الأصل وذلك جائز بكل حال.

مسألة[١]: قال: ولا يحيل حكم الحاكم الأمور عما هي عليه.

الفصل

أنه إذا ادعى حقاً عند الحاكم وشهد له بذلك شاهدان يحكم الحاكم بشهادتهما فالحكم يتبع الشهادة، فإن كانت صحيحة في الظاهر والباطن نفذ الحكم في الظاهر دون

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ١٧).

الباطن فلا للمحكوم له ما حكم له بحال سواء كان مالاً أو نكاحاً أو طلاقاً أو غير ذلك، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وعامة الفقهاء، وروي عن شريح القاضي أنه كان يقول للرجل: إني لا أقضي لك، وإني لأظنك ظالماً ولكن لا يسعني إلا أن أقضي بما يحضرني من البينة وإن قضائي لا يحل لك حراماً، وقال أبو حنيفة: إن كان المحكوم به نكاحاً أو طلاقاً أو عقداً نفذ ظاهراً وباطناً، وإن كان ذلك بشهادة الزور حتى قال: لو ادعى رجل زوجية أجنبية وشهد له شاهدان بالزور فحكم الحاكم له حل له وطؤها ظاهراً وباطناً وصارت زوجة له، وكذلك لو ادعت طلاقاً بالزور وشهد لها شاهدان بالزور فحكم الحاكم بشاهدتهما بانت من زوجها ظاهراً وباطناً وتحل لكل واحد من الشاهدين [١٢/ ١١١ب] أن يتزوجها.

واحتج بما روي أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً ورفعها إلى علي رضي الله عنه فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينها بالزوجية فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين فاعقد بيننا عقد حتى أحل له فقال: «شاهداك زوجاك»[١] فدل على أن النكاح قد ثبت بهما. ودليلنا ما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار»[٢]، وروي أنه قال: «إنما أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر»[٣]، وروي «فإنما أقطع له اسطافاً من النار». ومعنى قوله الحق بحجته أي أفطن لها واللحن مفتوحة الحاء: الفطنة، يقال: لحنت الشيء ألحن لحناً ولحن الرجل في كلامه يلحن لحناً بسكون الحاء.

وأحتج الشافعي رضي الله عنه بأن شهادة الزور لو كانت في القتل فقضى القاضي بها لم يحل لولي الدم القصاص فيما بينه وبين الله تعالى فكذلك هنا لا يحل الفرج فيما بينه وبين الله تعالى، وأما خبرهم فلا حجة لهم فيه لأنه لم يضف إلى حكمه بل أضافه إلى الشاهدين وأراد في الظاهر ولم يستأنف النكاح لأنه يكون طعناً [١٢/ ١١٢أ] في الشهود، فإذا تقرر هذا نقول: إذا شهد بالزور في الطلاق وحكم الحاكم به فإنها لاتبين منه في الباطن ولا تحرم عليه، ومتى قدر عليها حل له وطؤها إلا أن الشافعي قال: أكره أن يطأها فيجد لأن الحكم نفذ في الظاهر ،وإن لم ينفذ في الباطن، وقال في «القديم»: أكره أن يتبعها مخافة أن يتهم أو يصاب معها فيظن أنه على فرج حرام فيقام عليه الحد، والنفقة ساقطة

---

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ١٠٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الآمدي في «الإحكام» (٢/ ٩٦).

لأنها محولة بينه وبينها ويتوارثان، ولو تزوجت بآخر لم تحرم على الأول، فإن وطئها الثاني فإن كان أحد الشاهدين فهو زانٍ بحد ولا تحريم ولا عدة، وإن كان غيرهما تنظر فإن كان عالماً بحال الشهود فهو زانٍ فلا تحريم ولا عدة أيضاً، ويحد وإن كان جاهلاً فعليها العدة لأنه وطء شبهة وتحرم على الأول حتى تنقضي عدتها وعلى هذا لو أقام شهود زور على الزوجية فحكم الحاكم بالنكاح فوطئها عالماً يلزمه الحد وعليها أن تمتنع منه ما أمكنها، فإن أكرهها لم تأثم هي؛ ذكره أبو حامد وقال بعض أصحابنا: في وجوب الحد نظر، وأنا أقول: لا يلزم الحد في كلتا المسألتين لأنه مختلف في إباحته وخلاف أبي حنيفة في صحة النكاح أعظم الشبهة فالوطئ وطيء شبهة سواء كان عالماً أو جاهلاً، ويحرم على الأول وطئها بعد ما وطئها [١٢/ ١١٢ب] الثاني حتى تنقضي عدتها، ورأيت بعض أصحاب أبي حنيفة؟ يشنعون على الشافعي فيقولون: أباح الشافعي أن يطأ رجلان امرأة واحدة **أحدهما**: في الباطن، والثاني في الظاهر وترتفع هذه الشنعة بما بينت والله أعلم.

فرع

لو حكم بما يخالف باطنه ظاهره ولا يبرم علانية بعد حكمه كرجل باع جارية من رجل وجحده المشتري وحاكمه فأحلف الحاكم أنه لم يشتريها، وعادت الجارية إلى بائعها فالأولى بالحاكم أن يحمل المشتري على الاستقالة ويحمل البائع على الإقامة لتحل لبائعها ظاهراً وباطناً، فإن لم يفعل أو فعل فلم يجب ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: تعود إلى البائع ملكاً للمشتري فيبيعها فيما يستحق من ثمنها ولا يحل له وطئها ثم زيادة الثمن للمشتري والنقصان عليه في الباطن.

والثاني: الجحود يجري مجرى الرد بالإقالة، فإن أراد البائع إعادتها إلى ملكه أظهر الإقالة وحلت له بعد إظهارها، وإن لم يرد إعادتها إلى ملكه لم تحل له وكانت في يده ليستوفي ماله من ثمنها وهل ينفرد ببيعها؟ فيه وجهان.

والثالث: الجحود يجري مجرى الفلس لتعذر الوصول إلى الثمن فيقول: قد اخترت غير مالي باسترجاعها وفي جواز تفرده بهذا القول من غير حاكم وجهان، ثم هي حلال له، وإن لم يرد أن يتملكها كانت في يده للمشتري ليستوفي ثمنها من بيعها.

فرع آخر

[١٢/ ١١٣أ] لو حكم بما اختلف فيه الفقهاء، فإن حكم بأقوى المذهبين أصلاً نفذ في الظاهر والباطن، وإن حكم في أضعف المذهبين أصلاً مما ينقضه عليه غيره من القضاة

فحكمه باطل في الظاهر والباطن وهل يفتقر بطلانه لما حكم حاكم؟ فيه وجهان، وإن حكم فيما يحتمل كل واحد من المذهبين ولايجوز لغيره من القضاة أن ينقضه عليه فحكمه نافذ في الظاهر والباطن له وعليه من غير أهل الاجتهاد كان لازماً للمحكوم عليه لأنه مجبر وفي إباحته للمحكوم له إذا خالف معتقده وجهان.

أحدهما: لايباح له لإعتقاده وحظره، والثاني يباح له لنفوذه في الظاهر والباطن، ومن أصحابنا من قال: إذا أعتقد الرجل أن الطلاق قبل النكاح لازم فحلف هكذا، ثم تزوج فحكم له الحاكم بجوازه لاتحل له فيما بينه وبين الله تعالى في للمقام عليه ويلزمه نصف المهر بالعقد لحكم الحاكم، ولو مات رجل وترك جداً وأخاً لأبيه وأمه فقدم إلى قاضٍ يقول: تقدم الجد فحكم له بالمال وإعتقاده أن الأخ يرث مع الجد لايحل له أن يستبد بالمال، وكذلك لو كان لايرى توريث ذوي الأرحام فحكم له بميراث ذوي رحمه لا يحل له.

فرع آخر

الحكم يختلف في الناكح كالنكاح بغير ولي فللزوجين حالتان في عقده وفي حله، فأما في العقد، فإن كانا من أهل الاجتهاد فلهما أن ينفردا بالعقد بإجتهادهما من غير حكم حاكم [١٢/ ١١٣ب] ولا استفتاء مجتهدٍ، وإن كانا من غير أهل الاجتهاد ففي جواز تفردهما بالعقد من غير اجتهاد حكم واستفتاء مجتهد وجهان:

أحدهما: يجوز ما لم يمنعها ذو حكم لما في الاجتهاد من إباحته، **والثاني**: لا يجوز ما لم يأذن لها ذو حكم لما في الاجتهاد من خطره، وأما حال الحل فلهما حالتان فإن كانا من غير أهل الاجتهاد فلا يرتفع بأنفسهما ونظر فإن زوجها حاكم لم يرتفع إلا بحكم حاكم، وإن زوجها فقيه مجتهد فبما يرتفع به وجهان: **أحدهما**: يرتفع باستفتاء مجتهد اعتباراً بعقده، **والثاني**: وهو اختيار ابن سريج لم يرتفع إلا بحكم حاكم حتى بعقد النكاح من بعده، **والثانية**: أن يكون الزوجان من أهل الاجتهاد ففيما يرتفع به العقد وجهان: **أحدهما**: يرتفع باجتهادهما اعتباراً بعقده وقال ابن سريج: لا يرتفع إلا بحكم حاكم لتجاوزهما إلى أن ينعقد النكاح من بعدهما ذكره في «الحاوي».

باب شهادات النساء لا رجل معهن

مسألة: قال: ولادة النساء لا أعلم فيها مخالفاً أن شهادة النساء جائزة فيها[١].

(١) انظر الحاوي الكبير (١٩/ ١٧).

الفصل

جملة هذا أن شهادة النساء بانفرادهن جائزة فيما لا يطلع عليها الرجال غالباً كالرضاع والولادة، وعيوب النساء والأخبار ولا يقبل فيها أقل من أربع نسوة [١٢/ ١١٤أ] وقد ذكرنا اختلاف العلماء فيه في كتاب الرضاع، وحكي عن الحسن أنه قال: يكفي واحدة، وروي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وبه قال أحمد، وحكي عن ابن أبي ليلى يكفي اثنتان، وقال أبو حنيفة: يقبل شهادة القابلة وحدها في الولادة، واحتج بما روى حذيفة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة[1] وزراد به وحدها، ومثله روي عن علي رضي الله عنه قلنا: قال الدارقطني: رواه أبو عبد الرحمن المدائني رجل مجهول والذي روي عن علي رضي الله عنه رواه جابر الجعفي عن عبد الله بن يحيى وهما ضعيفان، وقد قال الشافعي: لو ثبت عن علي رضي الله عنه صرنا إليه إن شاء الله ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه، وقال إسحاق الحنظلي: لو صحت شهادة عن علي لقلنا به ولكن في إسناده خلل ثم إنه أراد به قبل شهادتهما وليس فيه أنه قبل شهادتهما وحدها، وأفاد أنه يقبل شهادتهما مع مشاهدتها للعورة أو قبل شهادتها مع أن لها في ذلك صدق.

واحتج ابن أبي ليلى بأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه الاثنتان منه كالرجال وهذا غلط؛ لأن الرجل كامل الدين كامل العقل في الغالب، ولهذا فهو مثل بامرأتين في المآل عند اجتماعهما ثم يقابل بأنها شهادة من شرطها الحرية فلا يقبل قول الاثنتين من النساء ولا قول امرأة واحدة أصله سائر الشهادات.

واحتج الشافعي فقال: لما أمر الله تعالى النساء فجعل امرأتين يقومان مقام رجل [١٢/ ١١٤ب] في الموضع الذي أجازهما فيه دل والله أعلم إذا أجاز المسلمون شهادة النساء في موضع أن لا يجوز منهن إلا أربعة عدول لأن معنى حكم الله تعالى.

قال: وقلت لمن يجيز شهادة امرأة واحدة في الولادة كما يجيز الخبر بها من قبل الشهادة أراد به أبا حنيفة أيقبل امرأة عن امرأة؟ إن امرأة رجل ولدت هذا الولد قال: لا قلت: فيقبل في الخبر، أخبرنا فلان عن فلان قال: نعم قلت: والخبر ما استوى فيه المخبِر والمخبَر والعامة من حلال أو حرام قال: نعم قلت: والشهادة ما كان الشاهد منه خلياً والعامة وإنما يلزم المشهود عليه قال: نعم قلت: أفترى هذا مشبهاً هذا قال: أما في هذا فلا.

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/ ٢٣٢).

فإن قيل: ما معنى قول الشافعي رضي الله عنه الخبر ما استوى فيه؟ ومن الأخبار وما يلزم الراوي به حكم ويلزم غيره، ومن الشهادات ما يلزم الشاهد بما حكم كما يلزم المشهود عليه وهو الشهادة على الصوم والفطر قلنا: قال: الشافعي رضي الله عنه: هذا وأورد ما فسره به من تحريم وتحليل اللذين هما مؤبدان لا ينقطعان وليس كذلك ماذكروه من الصوم والفطر وغير ذلك فإنه مما ينقطع، وحكى ابن أبي أحمد عن أبي الطيب بن أبي سلمة أنه كان يقول: قد يستوي الشاهد والمشهود عليه في الحكم [١٢/ ١١٥أ] وهو إذا شهد اثنان من الورثة على الميت بدين لإنسان فإنه يلزمهما من الدين مثلما يلزم الجاحد من الورثة.

وقد يكون الإخبار مايختص به غيره، ولا يجب علي الراوي منه شيء ولكن أراد الشافعي بما قاله الغالب من أمرهما، فإن الغالب من الشهادة أن الشاهد لا يدخل فيما يجب بها والغالب من الخبر عن النبي ﷺ استواء المخبر وسائر الناس.

فرع

استهلال الصبي يثبت بشهادة أربعة نسوة نص عليه الشافعي، ومن أصحابنا من قال فيه قول أخر لا يثبت إلا برجلين، لأنه يعلم ذلك من غير النظر إلى عورة المرأة والأول أصح لأنه لا يطلع عليه الرجال في تلك الحالة كالولادة، وأما شهادة رجلين ورجل وامرأتين تقبل في الولادة والاستهلال وعيوب النساء والرضاع بلا خلاف على المذهب.

فرع آخر

العيب إذا كان في وجه المرأة وكفيها لايقبل عند التنازع فيه إلا شهادة الرجال لخروجه عن العورة في حق الرجال، ولو كان في صدرها فهو عورة الأجانب دون المحارم فيقبل فيه شهادة النساء، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يقبل هنا شهادة النساء إلا على الإنفراد لإباحته لذوي المحارم كما قال في الرضاع، ودليلنا أنه لا يطلع الرجال عليه [١٢/ ١١٥ب] غالباً كالولادة .

فرع آخر

هل للرجل أن يتعمد النظر إلى عورة المرأة لتحمل الشهادة؟ قال أبو إسحاق: يجوز في الزنا وغيره وهو الصحيح، واحتج بأن سعد بن عبادة قال: أرأيت لو وجدت مع امرأة رجل أمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال ﷺ: «نعم»[1] فدل على أن للشهود أن يتعمدوا

---

(١) تقدم تخريجه.

النظر إلى الموضع، ولأن أبا بكرة وغيره تعمدوا النظر إلى المغيرة في الحال التي كان عليها وشهدوا عليه بالزنا ولم ينكر أحد وهذا ظاهر كلام الشافعي، لأنه قال: وأقبل شهادة النساء فيما لايجوز للرجال غير ذوي المحارم أن يتعمدوا إليه لغير الشهادة وهذا يقتضي أنه يجوز تعمد النظر إليه لا شهادة، وحكى ابن العاص عن أبي سلمة أنه قال: كنا نقول: شهادة الرجال في الرضاع لاتجوز إذا تعمدوا النظر وليس لسهم أن ينظروا إلى ثدي المرأة لإقامة الشهادة وإنما يجوز ذلك إذا رأوه من غير قصد منهم.

وأما في الشهادة على الزنا فلم يتعمدوا النظر إلى الفرج ليقيموا الشهادة وكنا نفرق بينهما بأن الزانيين هنا حرمته أنفسهما وليس كذلك المرضعة فيفسق بالنظر في غير الزنا دون الزنا وأيضاً فلا يقبل في الزنا شهادة النساء فلو لم يجز للرجال أن [١٢/١١٦أ] يتعمدوا النظر لإقامة الشهادة عليه أدى إلى بطلان حد الزنا وفي الرضاعة والولادة يقبل شهادة النساء فلم يجز للرجال النظر.

قال أبي سلمة: حتى وجدت في القرآن العظيم أن شهادة الرجال في الرضاعة والولادة جائزة رأوا مفاجئة أو تعمد النظر إذا قصدوا به أداء الشهادة، وبقول أبي سلمة يقول بعض أصحابنا الآن من غير رجوع للفرق الذي ذكره الإصطخري.

لا يجوز تعمد النظر في ذلك بحال لأن الناس في الزنا مندبون إلى الستر وفي غيره تقبل شهادة النساء على الانفراد فلا حاجة للرجال إلى النظر في ذلك وهذا خلاف النص، وكذلك ما قال الثاني والاعتماد على القول الأول وهو اختيار ابن ابى هريرة وابن أبي أحمد وثبت النص في أحكام القرآن.

ومن أصحابنا من قال: يجوز تعمد النظر في غير الزنا ولا يجوز في الزنا، والفرق أن الحد حق الله تعالى وهو مبني على الدرء والإسقاط ما أمكن، وغيره حق الأدمي المبني على التضييق والتشديد وهذا أيضا خلاف النص، وقال ابن أبي أحمد: لو وقعت في يد امرأة آكلة جاز للرجل أن يداويها وينظر إليها وإن كان يتهيأ طلب امرأة تداويها فكذلك يجوز النظر إلى الثدي لتحمل الشهادة. [١٢/١١٦ب].

فرع آخر

إذا شهد الرجال بذلك لا يسأل عن كيفية التحمل فإن قالوا كانت منا التفاتة من غير تعمد فرأينا يقبل بلا خلاف، وإن قالوا: تعمدنا النظر لغير شهادة فرأينا فسقوا ولا تقبل شهادتهم، وإن قالوا تعمدنا النظر لإقامة الشهادة فيه أربعة أوجه على ما ذكرنا.

باب شهادة القاذف

مسألة: قال: أمر الله تعالى أن يُضْرَب القاذف ثمانين[١].

الفصل

إذا قذف رجل امرأة لا يخلو إما أن يكون قد حقق قذفه أو لم يحقق، فإن حقق قذفه وتحقيقه إذا كان المقذوف أجنبياً، في أحد شيئين:

إما بإقامة البينة بالزنا أو بإقرار المقذوف بالزنا، وإن كانت المقذوفة زوجة فتحقيقه بأحد أشياء ثلاثة: اثنان ما ذكرنا، **والثالث**: اللعان فمتى حقق هكذا سقط عنه حكمه ووجب على المقذوف حد الزنا، وإن لم يتحقق تعلق بقذفه ثلاثة أحكام: إقامة الحد والتفسيق ورد الشهادة فإن تاب لم يسقط الحد إجماعاً ويزول الفسق اجماعاً، وأما رد الشهادة فمذهبنا أنه يسقط وتقبل شهادته، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وعطاء وطاوس والشعبي وربيعة ومالك [١٢/ ١١٧أ] وسليمان بن يسار والزهري ومجاهد وأبي عبيد وعثمان البتي وأحمد وإسحاق وأهل المدينة.

وقال شريح والنخعي والحسن والثوري وأبو حنيفة: لا تقبل شهادته بعد إقامة الحد أبداً وتقبل قبل إقامة الحد والخلاف مع أبي حنيفة في فصلين:

أحدهما: في قبول شهادته بعد التوبة وإقامة الحد، **والثاني**: رد الشهادة عندنا تتعلق بالقذف فلا تقبل شهادته قبل إقامة الحد عليه إذا لم يتبت وعنده يتعلق الرد بإقامة الحد فتقبل شهادته، وإن لم يتب. واحتج في الفصل الأول بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: الآية ٤]. وروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة مجلود أو محدود في قذف»[٢]. واحتج في الفصل الثاني بأنه يجوز قبل الحد أن يحقق صدقه بإقامة البينة فلا يوجب التفسق. وهذا بخلاف الأصول، وذلك أن الله تعالى قال: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: الآية ٤]. ولم يقل: ثم لا تقبلوا فدل على أن رد الشهادة بالقذف كما أن الحد بالقذف ثم قال تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [البقرة: الآية ١٦٠]. فإن كان هذا الاستثناء راجعاً إلى قوله: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدآ﴾. وجب قبول شهادته، وإن كان راجعاً إلى قوله: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: الآية ٤]. فإذا ارتفع الفسق وبالفسق رددنا الشهادة وجب أن تقبل [١٢/ ١١٧ب] شهادته.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٢٤).

(٢) أخرج نحوه الترمذي في سننه (٥٤٥/٤).

قال الشافعي رضي الله عنه: أخبرنا ابن عيينة قال: سمعت الزهري يقول: زعم أهل العراق أن شهادة القاذف لا تجوز فأشهد لأخبرني، ثم سمى الرجل الذي أخبره أن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة «تب تقبل شهادتك أو إن تبت قبلت شهادتك»[(١)] قال: وبلغني عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل معنى هذا، وقال ان أبي نجيح كلنا نقوله قلت: من قال عطاء وطاووس ومجاهد، قال محمد بن اسماعيل النجاري وأجازه عبد الله بن عتيبة وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن خيبر وعكرمة والزهري ومحارب بن دثار وسريج ومعاوية بن قرة، وقال أبو الزناد: والأمر بالمدينة على ما ذكر الشافعي، وقال الشعبي: قبل الله توبته ولا تقبلون شهادته.

قال الشافعي: وحاله قبل أن يجد شر منه بعد الحد لأن الحدود كفارات فكيف تردون الشهادة في أحسن حاليه وتقبلون في شر حاليه، وإذا قبلتم توبة القاتل عمداً والكافر فكيف لا تقبلون شهادة القاذف وهو أيسر ذنباً؟ قال المزني: حين قال الشافعي هذا صدق والله.

قال أصحابنا وروى سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة وشبل ونافع «من تاب منكم قبلت شهادته»[(٢)] وروي على ابن أبي طلحة عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: الآية ٤] ثم قال [١٢/١١٨أ] **﴿إلا الذين تابوا فمن تاب وأصلح﴾** فشهادته في كتاب الله تعالى تقبل»[(٣)].

وروى بعض أصحابنا بخراسان عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «في هذه الآية توبتهم إكذابهم أنفسهم فإن كذبوا أنفسهم قبلت شهادتهم»[(٤)] وروى خزيمة بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أذنب ذنباً فأقيم عليه حد ذلك الذنب فهو كفارته»[(٥)]، وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له، والمستغفر من الذنب وهو مقيم عليه كالمستهزىء بربه»[(٦)]، وروى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «هل تعلمون أحباء الله؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: التوابون من الذنوب ثم تلا هذه الآية ﴿إِنَّ ٱللَّهَ

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٥٢) (٢٠٣٣٣).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٥٢) (٢٠٣٣٤).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٥٣) (٢٠٣٣٦).
(٤) لم أجده.
(٥) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢١٣٥٩).
(٦) ذكره ابن حجر في «فتح الباري» (١٣/ ٤٧١).

يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٢٢]».

وأما الآية التي ذكروها فقد جعلناها دليلاً لنا ولأن الاستثناء يرجع إلى الجملتين من التفسيق ورد الشهادة كالشرط إذا قال: أنت طالق وعبد حر إن شاء الله، وبل عوده إلى الشهادة أولى؛ لأن التفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة، ورد الشهادة هو الحكم المذكور [١٢/١١٨ب] والاستثناء به أولي وأما قوله: أن قبل الحد لا يتحقق كذبه وحكم بوجوب الحد عليه فقد تحققنا كذبه... وعندهم لوبقي من ثمانين سوط لا ترد شهادته.

مسألة: قال: والتوبة إكذابه نفسه[١].

الفصل

مسموع والتوبة إكذابه نفسه لأنه أذنب بأن نطق بالقذف وفي نسخة أخرىٰ والتوبة إكذابه بأنه أذنب نطق بالقذف وهما مترادفان في المعنى فإذا أكذب نفسه ورجع عن قوله قبلت توبته ثم في عطفها إشكال وذلك أنه قال: والتوبة أن يقول: القذف باطل كما تكون الردة بالقول والتوبة عنها بالقول وموضع الإشكال أنه قال: التوبة إكذابه نفسه، ثم قال: والتوبة أن يقول: القذف باطل أي هذا القذف الذي تلفظت به باطل، فإن قال قائل كيف يصير تائباً بأن يصير مكذباً لنفسه مبطلاً لقوله ولعله مصر على عادته في قذف غير المقذوف، وأن يكذب نفسه فيه فهلا اشترطتم لفظ التوبة؟ قلنا: معنى قوله والتوبة إكذابه نفسه إذا أكذب نفسه على معنى الندامة والتلافي.

وحقيقة التوبة الندامة على مافرط هكذا قال رسول الله ﷺ [١٢/١١٩أ] «الندم توبة»[٢] فأما إذا اقتصر على تكذيب نفسه وإبطال قوله إلا على معنى الندامة والإنابة والتوبة لم نجعله تائباً، وقد قال أبو إسحق: ليس معنى قول الشافعي أن يقول: كذبت فيما قلت بل معناه أن يكذب نفسه في استباحة القذف فيقول: القذف باطل وإني لا أعود فيه وأنا نادم عليه أو يقول: قذفي له بالزنا كان كذباً ولا يقول: كنت كاذباً الجواز أن يكون صادقاً وبه قال ابن أبي هريرة: فإن قيل فقد تقبل توبة المرتد وإن لم يقل الكفر باطل فلم شرطتم هنا أن يقول القذف باطل؟ قلنا: لا تقبل واحدة منهما حتى يأتي بما يضاد الأول فالتوحيد يضاد الكفر فاكتفي به وليس ما يضاد القذف إلا أن يقول القذف باطل فافترقا.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٢٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الزهد، باب ذكر التوبة (٤٢٥٢)، وأحمد في «مسنده» (٣٥٥٨).

وقال الإصطخري: وبه قال أحمد: توبة القاذف أن يقول: كذبت فيما قلت وإنني كاذب في قذفي له بالزنا وهذا ظاهر قول الشافعي التوبة إكذابه نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «توبة القاذف إكذاب نفسه»[1] قال أصحابنا: ما قاله أبو إسحاق أصح وهو المذهب لما ذكرنا أنه يجوز أن يكون صادقاً في الباطن ويجب الحد بذلك في ظاهر الحكم وتأويل لفظ الشافعي ما ذكره أبو إسحاق إلا أنه إذا قال: كذبت فيما قلت يكون ذكراً لما فسق به، والتوبة لا تحصل بذلك [١٢/ ١١٩ب] كما أن من فُسق بالزنا لم تكن التوبة عنده بذكر الزنا الذي فسق به.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: فإن كان عدلاً قبلت شهادته وإلا فحتى يحسن حاله، قال أصحابنا: أراد به أن القاذف إذا كان عدلاً قبل قذفه وشهد على رجل بالزنا فلم تتم الشهادة فإن هذا إذا قال القذف باطل وأنا لا أعود فيه قبلت شهادته في الحال. ألا ترى أن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة: «تب تقبل شهادتك»، وإن لم يكن عدلاً وكان فاسقاً من غير جهة القذف أو قذفه صريحاً على طريق الشتم لا تقبل شهادته حتى تختبر حاله مدة، وقد نص على هذا في كتاب «الشهادات» من «الأم» والدليل عليه قوله تعالى ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ﴾ [آل عِمرَان: الآية ٨٩] فاعتبر صلاح العمل في القذف الصريح بعد التوبة.

ومن أصحابنا من قال: إذا قذفه صريحاً على طريق الشتم ثم تاب هل يعتبر صلاح العمل؟ قولان: **أحدهما**: لا يعتبر وبه قال أحمد لما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه ولأن هذه المعصية بالقول فكفى في التوبة عنها القول كالردة، ولأنه يحتمل صدقه بخلاف الزاني والشارب، **والثاني**: ما ذكرنا وأن بطريق الشهادة يحد لنقصان العدد يكفي العدد ولا يحتاج إلى إصلاح العمل قولاً واحداً لقول عمر رضي الله عنه لأبي بكرة «تب أقبل شهادتك»، ولأن فسق هذا ثبت من طريق الاجتهاد [١٢/ ١٢٠أ] بخلاف فسق القاذف على طريق النسب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: نص الشافعي رضي الله عنه أنه تقبل شهادته عقيب التوبة بكل حال لأنها كبيرة ارتكبها وتاب عنها فاستغنينا عن استبراء حاله، وقال في موضع: لا تقبل عقيب التوبة، فقيل قولان وقيل: هو على حالين، فالذي قال تقبل ولا تستبرأ حاله أراد إذا طال الزمان، أو أراد إن أكذب نفسه في القذف لا بد من زمان الاستبراء، وإن لم

---

(١) ذكره ابن حجر في «**تلخيص الحبير**» (٤/ ٢٠٤).

يكذب نفسه وأظهر الندامة على قوله وكان عدلاً من قبل لا يحتاج إلى زمان الاستبراء والصحيح في التحقيق ما ذكرنا أولاً.

فرع

إذا ردت الشهادة للقذف بلفظ الشهادة ولم يتب لا يرد خبره، وإن ردت شهادته إذا كان عدلاً من قبل لأن أبا بكرة ردوا شهادته، ولم يردوا خبره؛ لأن السلف كانوا يروون عنه ولأن هذا التفسيق بالتأويل فكان حكمه دون التفسيق بالمعاصي المجمع عليها، ولأن أمر الإخبار أخف وأسهل ولهذا يقبل من واحد ويقبل من عبدٍ، وفي قذف النسب لا يقبل الخبر ما لم يتب لأن التفسيق بقذف النسب نص وقذف الشهادة اجتهاد.

فرع آخر

لو كان من غير أهل الشهادة فشهد بالزنا لم تقبل شهادته بعد التوبة إلا باستبراء حاله وإصلاح عمله لظاهر الآية. [١٢/ ١٢٠ب].

فرع آخر

هل يحتاج في توبة القذف أن يقول: ولا أعود إلى مثله؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يعتبر بل يكفي الندم والعزم على أن لا يعود إلى مثله، وإكذابه نفسه لأن العزم على ترك مثله يغني عن هذا القول، **والثاني**: لا بد منه لأن القول في هذه التوبة شرط والعزم ليس بقول.

فرع آخر

إذا كان القذف بالشهادة لنقصان العدد فإن قلنا: لا حدَّ عليه لا يؤمر بالتوبة لأنهم قصدوا إقامة حد الله تعالى، وإذا قلنا: يحدون يحكم بفسقهم وتجب التوبة فيقول: قذفي باطل ولا يحتاج إلى الندم وترك العزم في المستقبل لأنها شهادة في حق الله تعالى ولا يعتبر أن يقول: إنني كاذب ولا أن يقول: لا أعود إلى مثله لأنه لو تكمل عدد الشهود لزمه أن يشهد.

فرع آخر

متى كانت الشهادة تقبل بنفس التوبة فللإمام أن يقول له: تب أقبل شهادتك كما قال عمر رضي الله عنه لأبي بكرة، وقال مالك: لا أعرف لهذا القول وجهاً وهذا رد منه على عمر رضي الله عنه في قول انتشر في الصحابة ووافقوه عليه، وقال الشافعي: كيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقال عمر هكذا.

فرع آخر

شروط التوبة تختلف باختلاف الذنب وللذنب حالتان:

إحداهما: أن يتعلق به حق، **والثانية**: أن لا يتعلق به حق [١٢/١٢١أ] فإن لم يتعلق به حق سوى الإثم كمن قبّل أجنبية أو لمسها أو وطئها دون الفرج أو شرب مسكراً فالتوبة منه بشرطين: الندم والعزم على ترك مثله في المستقبل قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً﴾ [آل عِمرَان: الآية ١٣٥] الآية. فالندم بالاستغفار والعزم على تركه بقوله: ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا﴾ [آل عِمرَان: الآية ١٣٥]، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: بقية عمر المرء لا قيمة لها يدرك بها ما فات ويحيي ما أمات وتبدل سيئاته حسنات، فإن كان هذا الذنب باطناً يكتفى فيه بالتوبة الباطنة، وإن كان ظاهراً ففيما بينه وبين الله تعالى يكفيه التوبة الباطنة ولا يكتفى فيما بينه وبين العباد لا بالتوبة الظاهرة، فإن تجاوز إلى أن أثم به في حق العباد، وإن لم يتعلق به غرم ولا حد كمن تعدى بضرب إنسان احتاج مع ما ذكرنا إلى استحلال المضروب فإن أحله وإلا مَكَّنَه من نفسه حتى يقابله على فعل مثله، وإن كان لا يجب في الحكم به قصاص لأنا نعتبر من القصاص المماثلة وهي متعذرة هنا، ويعتبر في التوبة الانقياد والطاعة وهي هنا موجودة، وروى إبراهيم النخعي أن عمر رضي الله عنه، نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء» فرأى رجلاً يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل: والله إن كنت أحسنت فقد ظلمتني، وإن كنت أسأت فقد علمتني فقال عمر: أما شاهدت عزمي [١٢/١٢ب] قال ما شهدت لك عزمة فألقى إليه الدرة وقال: اِقتصَّ فقال: لا أقتص اليوم قال: فاعف قال لا أعف اليوم فافترقا على ذلك ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر رضي الله عنه فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك؟ قال: أجل، قال: «فأشهدك أني قد عفوت عنك فبذل له القصاص»...[١] لم يجب ليزول عنه مأثم الخطأ في حقه وإن الخطأ في حق الله تعالى عفو. فإن مكن من نفسه فلم يستوف صحة توبته...[٢] عليه الانقياد وليس عليه الاستيفاء، وإن كان الذنب معصية متعلق بها مع الإثم حق فضربان: فعل وقول: فأما الفعل فضربان؛ **أحدهما**: يختص الحق بالآدميين كالغصب والقتل فصحة توبته بثلاثة شروط بالندم، والعزم على ترك مثله، ورد المغصوب أو بدله إن عدم فإن أعسر أنظر إلى ميسرته والتوبة صحت وهذه التوبة تعتبر في الظاهر والباطن، **والثاني**: أن يختص الحق بالله تعالى كحد الزنا ونحوه، فإن كان استسربفعله ولم يتظاهر به فالأولى أن يستره على نفسه ولا

---

(١) سواد في الأصل.

(٢) سواد في الأصل.

يظهره وتوبته بشيئين على ما ذكرنا، فإن أظهره لم يأثم بإظهاره لأن النبي ﷺ لم ينكر على ماعزٍ حين أظهر الزنا من نفسه فإن أظهر ذلك قبل التوبة وجب الحد وتوبته بثلاثة شروط: [١٢/ ١٢٢أ] الندم، والعزم، وتسليم نفسه للحد فإن لم يحد صحة توبته والمأثم على من ترك إقامة الحد، وإن أظهر بعد توبته فهل تسقط الحدود بالتوبة؟ فيه قولان فإن قلنا: تسقط بتوبته بشرطين، وإن قلنا: لا تسقط بتوبته بثلاثة شروط، وهذا إذا تاب قبل ظهور حاله يعود بعد التوبة إلى حاله قبل المعصية، فإن كان مقبول الشهادة قبلت بعد التوبة ولا يتوقف عنه لاستبراء صلاحه لأنه ما أظهر التوبة فيما كان مستوراً إلا عن صلاح يغني عن استدراء الحال.

والثانية: أنه يكون تظاهر بها فعليه أن يتظاهر بالتوبة أيضاً، فإن ثبت الحد عليه عند مستوفيه فتوبته بثلاثة شروط، وإن تاب قبل ثبوت الحد عليه فهل يسقط بالتوبة؟ فيه قولان على ما ذكرنا.

وأما ثبوت العدالة وقبول الشهادة فمعتبر بعد التوبة بصلاح حاله واستبراء أفعاله بزمان يختبر فيه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَٰلِحًا﴾ [الفرقان: الآية ٧٠]. واعتبر أصحابنا في هذا سنة كاملة لأنها تشتمل على الفصول الأربعة المهيجة للطباع. وقد قال الشافعي في هذا: يصلح عمله مدة من المدد ولم يقدر ولأن السنة تتعلق بأحكام كثيرة في الشرع من وجوب الجزية والزكاة وتحمل الفعل، والطباع تختلف بها فكانت أولى بالاعتبار، وهل تكون السنة على التحقيق أو التقريب؟ فيه وجهان [١٢/ ١٢٢ب] وقال بعض أصحابنا: يعتبر ستة أشهر.

وأما المعصية بالقول فضربان؛ ردة يتعلق بها حق الله تعالى، وقذف بالزنا يتعلق به حق الآدمي، فأما الردة فالتوبة بالندم والعزم بالإسلام ثم إن كان ممن لا تقبل شهادته قبل توبته لم تقبل منه توبته حتى تظهر منه شروط العدالة، وإن كان ممن تقبل شهادته قبلها نظر في توبته، فإن كان عند اتقانه للنقل لم تقبل إلا أن يظهر فيه شروط العدالة في استبراء حاله في صلاح عمله، وإن تاب عفواً غير متقٍ بها القتل عاد إلى عدالته في الحال. وأما القذف فيعتبر فيه الندم والعزم وإكذاب نفسه على ما ذكرناه.

فرع آخر

إذا رددنا الشهادة بالقذف فلا فرق بين أن يوجب الحد، أو يوجب التعزيز لتكذيبه وكذلك حكم التوبة فيها سواء.

باب التحفظ في الشهادة والعلم بها(١)

مسألة: قال: قال الله تعالي: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: الآية ٣٦]. وقال تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: الآية ٨٦]. والعلم من ثلاثة أوجه.

الفصل

اعلم أن عماد الشهادة العلم بما يشهد الشاهد عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: الآية ٣٦]. وقال قتادة في «تفسيره»: لا تقل سمعت ولم تسمع، ولا رأيت ولم تر [١٢/١٢٣أ] وعلمت ولم تعلم وقد ذكرنا خبر ابن عباس رضي الله عنهما فإذا تقرر هذا نقول: قال الشافعي رضي الله عنه: والعلم من ثلاثة أوجه وجملته أن الشهادات على ثلاثه اضرب.

أحدهما: يحتاج فيه إلى البصر دون السمع وذلك مثل الشهادة على الأفعال كالقتل والزنا والسرقة وشرب الخمر وأخذ الأموال ومثل الشهادة على اليد في الأموال إذا عاينه في يده فالسميع والأصم فيها سواء لأن القصد الشهادة على استدراكه العين.

والثاني: يحتاج إلى السمع والبصر جميعاً وذلك مثل عقد النكاح وعقد البيع وإيقاع الطلاق والإقرار بالمال فلا يجوز أن يشهد به حتى يسمع القول ويبصر القائل ويثبته ثم يشهد عليه.

والثالث: ما يجوز أن يشهد فيه بتظاهر الأخبار من غير أن يبصر المشهود عليه، ولا أن يسمع قوله وذلك في النسب والأملاك المطلقة، قال أصحابنا: وكذلك الموت فأما النسب فلأنه تتقدر الشهادة على نسبه الذي تتعلق ثبوته به وهو الوطئ والعلوق الذي لا يطلع عليه مخلوق، وأما الأملاك المطلقة فلأن وجوه الملك متسعة وفيها ما يتقدر عليه الإشهاد، وأما الموت فإنه يحصل بوجه لا يمكن الإشهاد عليه، ويستحب تعجيل الدفن فكان ذلك بمنزلة الشهادة على الملك المطلق بتظاهر الأخبار.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: [١٢/١٢٣ب] في الأملاك قول آخر لاتجوز الشهادة حتى يعلم سبب الملك وهذا أقيس ولكنه خلاف ظاهر المذهب المنصوص، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الشهادة في الأملاك بالاستفاضة واحتج بأن هذه شهادة بالمال فلا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٣٤).

تجوز بالاستفاضة كالشهادة بالدين هذا لا يصح قياساً على النسب والموت فإنه وافقنا فيهما وبقولنا. . . في الكل، وأما الدين قال بعض أصحابنا: لا نسلم وإن سلمنا لا تقع الاستفاضة بقدره بل يستفيض الدين في الجملة من حيث المطالبة به بخلاف الأعيان فإن قيل: يمكنه أن يعلم الملك بمشاهدة سببه فلا حاجة إلى الشهادة بالاستفاضة قلنا: وجود السبب لايثبت به الملك لأنه يجوز أن يشتري ما لا يملك البائع، أو يصطاد صيداً قد صاده غيره وانفلت منه وإنما يتصور بادراً أن يشاهده يأخذه من ماء دجلة.

فإن قيل لم قال الشافعي: وجود العلم ثلاثاً؟ وهي أكثر من ثلاثة فإن بالحواس الخمس يقع العلم والاستفاضة لا تكون علماً بل هي ظن. قلنا: قصد الشافعي رضي الله عنه إلى وجوه العلم التي تقع الشهادة بها فإن الشم والذوق لا حاجة إليه في الشهادة به، وإنما يكون معظم الشهادات بالوجوه التي ذكرناهما وأما الاستفاضة، وإن كانت ظناً ولكن الظن يسمى علماً بدليل [١٢/ ١٢٤أ] قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يُوسُف: الآية ٨١] أي بما ظننا.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: من شرط جواز الشهادة فيما ذكرنا أن يتظاهر به الخبر زماناً طويلاً ممن يصدق ولا يكون هناك دافع يدفعه ولا منازع ينازع فيه ولا دلالة يرتاب بها قال أصحابنا: وهذا يدل على أن تظاهر الأخبار ليس مما يوجب العلم الضروري ومما يصل به المعرفة في القلب بضرب من الاستدلال إذا تكرر الخبر مرة بعد مرة من أهل الصدق وليس هناك ريبة تدل على غير ما أخبروا به فيدل السامع على أنه كما أخبروا به فيجوز أن يشهد به لما ذكرنا.

وقال صاحب «الحاوي»: أقل العدد في هذا الخبر أن يبلغوا عدد التواتر، وقال أبو حامد وجماعة: أقله عدلان يذكرانه خبراً لا شهادة يسكن قلبه إلى خبرهما لأن الحقوق تثبت بقول اثنين قال: وهذا لايصح لأن قول الاثنين من أخبار الآحاد وبأخبار الآحاد لا تحصل الاستفاضة فوجب أن يعتبر فيه العدد المقطوع بصدق مخبره وهو عدد التواتر المنتفي عنه المواطأة والغلط، والقول الأول أولى عندي وهو أنه لا يعتبر العلم الضروري ولا يكفي فيه شاهدان على ما ثبت.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه هنا: ويسمع الشهادة على النسب إذا سمعته زماناً ينتسب

إلى نسب [١٢/ ١٢٤ب] وينسبه غيره إلي ذلك النسب ولم يسمع دافعاً ولا دلالة يرتابها فهذه شرائط أربع طول الزمان وانتسابه إلى ذلك النسب ونسب غيره إياه وعدم الدافع وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة حتى تجوز الشهادة على النسب.

وذكر صاحب «الحاوي»[1] أنه ينتسب بسماع الخبر الشائع الخارج إلى حد الاستفاضة في أوقات مختلفة وأحوال متباينة من حمد وذم وسخط ورضىً يسمع الناس يقولون فيها: هذا فلان ابن فلان فيخصونه بالنسب إلى أب أدنى أو يعمونه بنسب أعلى فيقولون: هذا من بني هاشم فيسمع الشاهد إذا استفاض عنده الخبر أن يشهد بالنسب، وإن كان استدلالاً لا يقطع نعيبه لأن الأنساب تلحق بالاستدلال.

فرع آخر

قال أصحابنا: وإذا سمع رجلاً يقول: هذا الصبي ابني جاز أن يشهد بنسبه وكذلك لو سمع رجلاً يقول هذا أبي وقد سمعه وسكت جاز أن يشهد بنسبه لأن سكوت الأب بمنزلة إقراره، والإقرار جهة يثبت بها النسب فجازت الشهادة عنه. وإنما أقمنا السكوت فيه مقام النطق لأن الإقرار على الانتساب الفاسد لا يجوز بخلاف سائر الدعاوي، ولأن النسب يغلب فيه الإثبات بدليل أنه يلحق بالإمكان البعيد، وقال بعض أصحابنا: إذا سكت عن الإقرار [١٢/ ١٢٥أ] والإنكار فإن لم يشهد لحال بالرضى لم يثبت وإن شهدت حاله بالرضى قال أبو حامد: يثبت لأن الرضى من شواهد الاعتراف، وهذا لا يصح على الإطلاق والحكم فيه إنه إن تكرر ذلك لم يكن إقراراً به لجواز أن يكون لخوف أو رضا، وإن تكرر أحوال مختلفة وزال شواهد الخوف صار اعترافاً لأن أكثر الأنساب بمثله تثبت، وهكذا لو ابتدأ فقال: هذا أبوك وإذا صدقه ثبت ويكون بالإقرار فلو تناكرا لا ينبغي، فإذا أنكره لا يثبت، فإن عاد فأقر ثبت، ولو أنكر المقر لم يثبت.

فرع آخر

لو شهد شاهدان أن فلان أن فلان وكل فلان ابن فلان هل تكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة بنسبهما؟ قال مالك: لا يوجب ذلك لأن المقصود الوكالة وعلى مذهب الشافعي تكون شهادة بالوكالة والنسب جميعاً لأن الشهادة توجب ثبوت ما تضمنها من مقصود وغير مقصود كمن شهد بثمن في مبيع كان شهادة بالبيع وإن قصد الثمن.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٣٥).

فرع آخر

الملك المطلق يثبت بسماع الخبر الشائع فيسمع الناس على اختلاف أحوالهم يقولون: هذه الدار لفلان، وهذه الدابة لفلان، ويتكرر ذلك على مرور الزمان لا يرى فيهم منكر ولا منازع فتصح الشهادة بهذا الخبر المتظاهر ولا يشهد بسببه، وإن علم ذلك بالسماع لأنه لا تجوز الشهادة على السبب بالسماع إلا أن يكون سبب [١٢/ ١٢٥ب] الميراث فيجوز أن يشهد بهذا السبب بالخبر المتظاهر لأن الميراث يستحق بالنسب والموت وكلاهما يثبتان بالخبر المتظاهر فأما الذي قالوه لا يجوز أن يشهد به بتظاهر الأخبار لأنه يعلم بالمشاهدة.

فرع آخر

اختلف أصحابنا مع تظاهر الأخبار بملكه هل يصح أن يشهد به من غير أن يراه متصرفاً فيه على وجهين؛ **أحدهما**: يصح حتى سرى تصرفه فيه فيجمع الشاهد التصرف في العلم به من السماع والشهادة، وقال الأكثرون: يصح وإن لم يشاهد التصرف لأن المتظاهر أنفى الاحتمال من التصرف الذي يجوز أن يكون بملك وغير ملك.

فرع آخر

في الموت إذا رأى الجنازة على بابه ويسمع الصراخ ولم يذكر له موته لم يجز أن يشهد به، فإن ذكر له موته كان الخبر المعتبر فيه غير معتبر بالتواتر لأنه قد اقترن به من شواهد الحال ما يقوم مقام التواتر.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في ثلاثة أشياء هل يجوز أن يشهد بها من جهة الظاهر الإخبار على وجهين: وهي الوقف والنكاح والولاء، **أحدهما**: وهو اختيار أبي إسحاق لا يجوز، لأن الإشهاد على عقد الوقف ممكن وكذلك الإشهاد على عقد النكاح والعتق فلم يجز أن يشهد بها بتظاهر الإخبار ويخالف النسب والملك المطلق والموت لتشعب وجوهها وحصولها من جهات لا يمكن إيقاع الشهادة عليها [١٢/ ١٢٦أ] وهذه أشبه بمذهب الشافعي وهو الأصح.

والثاني: وهو اختيار ابن أبي أحمد وابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح» والإصطخري يجوز وبه قال أحمد لأن الوقف مؤبد والولاء كذلك والنكاح مما يؤقت زمانه وينقرض شواهد والأصل فجازت الشهادة عليه بتظاهر الأخبار ولأنه تجوز بأن عائشة رضي الله عنها

زوجة النبي ﷺ وفاطمة زوجة علي رضي الله عنهما، ودليلنا أن تأبدها وتطاول زمانها لا يدل على جواز الشهادة عليها بتظاهر الأخبار لأنه يمكن الإشهاد على شهود الأصل ويستحب للحاكم أن يجدد كتب الوقف وإيقاع الشهادة فيها على الشهود إذا خاف انقراض شهود الأصل، وأما زوجية عائشة وفاطمة رضي الله عنهما وأنها ثبتت بالخبر المتواتر الذي يوجب العلم ضرورة وليس الخبر الذي تراعيه مثل ذلك وإنما هذا علم بضرب من الاستدلال على ما بينا فافترقا.

ومن أصحابنا من قال: ما قاله الإصطخري أقيس وهو الأصح عندي لأن الشهادة لا تكون إلا بالعقد بالوقف، وكذلك تشهد بالنكاح دون العقد فهو بمنزلة الملك سواء فعلى هذا لا يقول الشاهد: زوجها أبوها برضاها بحضرة شاهدين ولا يجوز أن يشهد بذلك إلا أن يسمع العقد وشاهد العقد ولا يضيف الوقف [١٢/١٢٦ب] إلى لفظ الواقف بل يشهد بأنها زوجة فلان أو وقف على فلان أو هو مولىٰ فلان وكذلك الخلاف في العتق يشهد أنه عتق الولاء.... يجوز قولاً واحداً لأنه كالنسب سواء وقال أبو حنيفة: النكاح والدخول أيضاً لأنه يستفيض في الناس، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في الولاء إذا شهد مثل عكرمة مولىٰ ابن عباس.

فرع آخر

إذا جوزنا أن يشهد بها أنها زوجة فلان هل يكفي أن يرى الزوج داخلاً عليها خارجاً من عندها؟ فيه وجهان: كالوجهين في النسب في الملك هل يشترط؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لو رأى رجلاً يتصرف في داره مدة طويلة يسكنها ويدخلها ويخرج منها من غير منازع ولا دافع يجوز له أن يشهد باليد بلا خلاف، وهل يجوز أن يشهد له بالملك قال الإصطخري: وبه قال أبو حنيفة وأحمد يجوز لأن اليد تدل على الملك والتصرف يقوي اليد فجازت الشهادة بالملك به ولا يحتاج أن يقول اشتراها من فلان لأنه إذا قال ذلك احتاج إلى إثبات ملك فلان فيلزم أن يذكر أنه اشتراها فلان من فلان ثم يحتاج إلى إثبات ملكه إلى ما يتناهى، ولهذا لو شهد بأن هذا لفلان ورثه من فلان وكان ملكاً له إلى أن مات كفي ولا يحتاج إلى إثبات سبب ملكه، وقال أبو إسحاق: وهو الأصح وهو اختيار القاضي الطبري وغيره [١٢/١٢٧أ] لا يجوز لأن اليد قد تكون بغير ملك كإجارة وعارية ووديعة ووكالة ووصاية، فلا يجوز أن يشهد بمجرد اليد بالملك، وإن أمره بالتصرف فيها مدة يسيرة كالشهر

والشهرين لا يجوز أن يشهد بالملك وجهاً واحداً، وجوز أن يشهد باليد هنا أيضاً.

مسألة: قال فبذلك: قلنا: لا يجوز شهادة الأعمى لأن الصوت يشبه الصورة(١).

جملة هذا أن الأعمى لا تقبل شهادته في الأفعال التي تفتقر إلى المشاهدة بلا خلاف لأن المشاهدة متعذرة عليه.

وأما ما يفتقر فيه إلى السماع والمشاهدة لا تقل شهادته عندنا فيها، وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير وسوار القاضي والثوري وعثمان البتي وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر فقهاء الكوفة رحمهم الله، وروي عن علي رضي الله عنه وقال مالك: تقبل شهادته فيه، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى وأحمد قال البخاري في كتابه والقاسم بن محمد وابن سيرين والحسن والشعبي أيضاً.

واحتجوا بأنه يعرف المشهود عليه بالصوت فجازت شهادته عليه كالبصير وجواز اشتباه الصوت كجواز اشتباه الصورة [١٢/ ١٢٧ب] بالصورة وقال القفال: سئل مالكي ببخارى عن هذه المسألة ليشنعوا عليه فشنع عليهم وقال ما قولكم في أعمى يطأ زوجته فأقرت بحقه بدرهم، فإن قلتم بقبول شهادته فقد أحللتم إذ عرف أنها امرأته حتى استباح بضعها أفلا صدقتموه أنه عرفها وثبت عنده إقرارها بدراهم قالوا: ونبي الله شعيب عليه السلام كان أعمى قال الله تعالى: **﴿وإنا نراك فينا ضعيفاً﴾** قيل معناه ضريراً. ودليلنا قوله تعالى: **﴿ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤلاً﴾** فجمع في العلم بين السمع والبصر في الإدراك وضم الفؤاد إليها في الإثبات فدل على أن استقرار العلم بجمعها، ولأن من لا يُجوز له تحمل الشهادة على الأفعال لا يجوز له تحملها على الأقوال كالصبي ولأن شهادة البصير في الظلمة ومن وراء حائل أثبت من شهادة الأعمى ولا يقبل ذلك فهذا أولى.

وأما ما ذكروه فلا يصح لأن الأصوات أكثر اشتباهاً والشهادة إنما تجوز على العقود باليقين دون الاستدلال، ولهذا لو استفاض في الناس أن فلاناً باع داره لا تجوز الشهادة عليه به والأعمى لا يتيقن [١٢/ ١٢٨أ] ذلك بحال وأما الوطىء فمخصوص الاستحقاق ويجوز الاستدلال عليها باللمس فكذلك بالصوت، وكذلك يعتمد في الوطىء على... إليه، وإن كان واحداً ويقبل فيه قول المرأة الواحدة بخلاف الشهادة ولأن الوطىء جوز للضرورة وهو كالعبد يعهد بالنكاح، وإن لم تجز شهادته وأما عمى شعيب عليه السلام فقد أنكره

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٣٩).

بعضهم، وقيل حدث فيه العمى بعد أداء الرسالة وأيضاً فإعجاز النبوة يوجب القطع بصحة شهادته بخلاف غيره.

فرع

شهادة الأعمى في النسب والملك المطلق والموت من طريق تظاهر الأخبار هل تجوز أم لا؟ اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال تجوز وبه أقول، وقال ابن أبي أحمد: كان ابن شريح يقول: شهادة العمال تجوز في النسب تخريجاً من عنده وهذا لأن المعول فيه سماع على الأخبار، والأعمى في ذلك بمنزلة البصير.

وقال صاحب «الحاوي»: يقبل إذا لم تعتبر مشاهدته التصرف في النكاح أيضاً إذا لم تعتبر مشاهدة الدخول والخروج وجهاً واحداً. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك لأنه لابد من مشاهدة المخبرين وأحوالهم ليتمكن من [١٢/١٢٨ب]... على ذلك وهذا أصح عند عامة أصحابنا وعليه يدل نص الشافعي رضي الله عنه لأنه قال: لا تجوز شهادة الأعمى بعد ما ذكر فظاهر الأمر ثم قيل إلا أن يكون أثبت شيئاً معاينة وسمعاً حساً ثم عمي فيجوز فأخبر أنه إنما يشهد بالنسب إذا كان قد أثبته وهو بصير ثم عمي وقال أبو حامد: هذا مقتضى المذهب ولكن جميع أصحابنا ذكروا جواز ذلك وفيه نظر فإن قيل: إذا جوزتم أن يشهد الأعمى على النسب كيف يشير إلى من يشهد على نسبه؟ قلنا: لا تقبل الإشارة إنما تقبل منذ أن يقول الرجل الذي صنفته كذا وسوقه سوق كذا واسمه كذا وكنيته كذا هو ابن فلان ابن فلان ثم يقال لذلك الرجل: أقم بينة أخرى على أنك الرجل الذي تسكن سوق كذا واسمك كذا وكنيتك كذا وصنعتك كذا وليس في سوقك من يشتبه معك، فإن قيل: فما فائدة شهادة الأعمى إذا كان لابد من هذه البينة الأخرى؟ قلنا: هذه البينة لا علم عندها بنسبه فثبت النسب بشهادة والإشارة بالشهادة الأخرى كما ثبت الوقف بشهادة والملك بشهادة أخرى ومثل هذا كثير ذكره الجويني رحمه الله.

فرع آخر

إذا تحمل الشهادة وهو بصير على الإقرار والبيع ونحو [١٢/١٢٩أ] ذلك ثم عمي تقبل شهادته فيه فيقول فيقول فلان ابن فلان ويرفع نسبه رفعاً يميزه عن غيره باع أو أقر بكذا وهو كالبصير يشهد على ميت أو غائب نص عليه الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادته فيه أصلاً لأنه لا يجوز أن يكون حاكماً ولا إماماً فلا يجوز أن يكون شاهداً ودليلنا أن العمي فقد حاسة لا تحل بالتكليف ولا تمنع قبول الشهادة كالصمم، وأما الحكم قال أصحابنا: إذا جوز بالقضاء بعلمه يجوز له أن يقضي بعلمه السابق، وأما الإمامة فأكثر شرائط لأنه لا يجوز أن يكون أصم بخلاف هذا.

فرع آخر

لو شهد وهو بصير ثم عمي قبل الحكم بها لا يقدح في شهادته ويجوز للحاكم أن يحكم بها وبه قال أبو يوسف: وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يحكم بها. ودليلنا أنه معنىً طرأ بعد الشهادة لا يوجب التهمة في شهادته فلا يمنع الحكم بها كالموت ويؤكده أن الموت أنفىٰ من العمى ثم الموت لا يمنع الحكم فالعمى أولي.

فرع آخر

لو كان في حال البصر تحمل الشهادة على العين لا يجوز له أن يؤديها بلا خلاف ولأنه لا يشاهد العين.

فرع آخر

شهادة الأعمى تقبل في الضبطة وهو أن يجيء إلى أعمى فيضع فاه على أذنه ويضع الأعمى يده على رأسه حتى يعلم أنه المقر ثم يحمله إلى الحاكم مضبوطاً ويقول: أقر عندي هذا بكذا ذكره جميع أصحابنا بالعراق [١٢/١٢٩ب] وقال أصحابنا بخراسان: في المضبوط وجهان وعلى هذا لو تحمل وهو بصير ويده في يده ثم عمي فشهد عليه قبل تخليته يجور.

فرع آخر

شهادة الأعمى في الترجمة مقبولة لأنه لا يحتاج فيه إلى أكثر من تفسير ما سمعه من الكلام ولا يتعلق ذلك بإثبات الحكم وما حاله وبه قال أبو حنيفة وله في النسب روايتان.

فرع آخر

لو سمع الشاهدان لفظ المتعاقدين من وراء حائل وعرف صوتهما والحائل ثوب فإن كان ضعيفاً يمنع من تحقيق النظر لا تجوز الشهادة، وإن كان خفيفاً يشف فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز لأنه لا يمنع من مشاهدة ما ورأه، **والثاني**: لا يجوز لأن الاشتباه معه مجوز.

فرع آخر

يجوز للأخرس تحمل الشهادة وأما أداؤها قال أبو حامد: أنه لا تقبل شهادته وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال ابن سريج: تقبل وبه قال مالك: وحكى القاضي الطبري عن الشيخ الإمام ابي عبد الله الحناطي المذنب أنه لا يقبل شهادته وقال ابن سريج: لا تقبل قال

القاضي: وهذا هو الصحيح لأني رأيت للمزني على هذه المسألة في «الجامع الكبير» قال: والذي يجيء على قياس قول الشافعي رضي الله عنه: أن شهادته تصح كما يصح بيعه وطلاقه ونكاحه وحكاه ابن المنذر عن المزني في كتاب الشهادات ووجه القول الأول: أن الإشارة لا تصرح [١٢/ ١٣٠أ] وتوجب الظن ولا حاجة فيه لأنه يمكن أن يشهد غيره بخلاف العقود فإنها لا تستفاد إلا من جهته أما بعقده أو إذنه ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في عقد، وإن لم يكن به حاجة وقد يتقن عليه شهادته فتدعو الحاجة إلى سماعها وقولها.

مسألة[1]: قال: وكذلك يشهد على عين المرأة ونسبها إذا تظاهرت له الأخبار ممن يصدق بأنها فلانة ورآها مرة بعد مرة وهذا كله شهادة بعلم كما وصفت.

اعلم أنه يجوز أن يشهد على إقرارها على هذا الوجه ولا يجوز أن يتحمل الشهادة على المرأة وهي متنقبة فيعتمد صوتها بل لابد من رؤية وجهها ثم إذا عرفها بوجهها فحكمها حكم الرجل.

فرع

لو تعمد النظر إلى امرأة ليعرفها الشهادة يجوز، وإن نظر إلى وجهها عمداً بشهوة كان فاسقاً، وإن تعمد النظر لغير شهوة وشهادة قال ﷺ: لعلي رضي الله عنه «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»[2]. وله تأويلان يختلف حكم عدالته بهما: **أحدهما**: أراد لا تتبع نظر عينيك نظر قلبك فعلى هذا لا يأثم به، **والثاني**: أراد لا تتبع النظرة التي وقعت سهواً بالنظرة الثانية التي توقعها عمداً فعلى هذا بمعاودة النظر يخرج من العدالة فلا تقبل شهادته إلا بعد التوبة.

فرع آخر

إذا جاز النظر [١٢/ ١٣٠ب] إلى وجهها للشهادة لها قال جمهور الفقهاء: يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها لأن جميعه ليس بعورة وعلى هذا هل يجوز النظر إلى كفيها؟ وجهان: **أحدهما**: يجوز لأنه ليس بعورة، والثاني وهوقول: لا يجوز لإختصاص المعرفة بالوجه وقال الآخرون لا يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها بل ينظر إلى قدر ما يعرفها به،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٤٤).

(٢) أخرجه الدارمي في الرقاق، باب في حفظ السمع (٢٧٠٩).

وقال أخرون: إن كانت شابة نظر إلى بعض وجهها، وإن كانت عجوزاً نظر إلى الكل، وقال آخرون: إن كانت ذات جمال نظر إلى بعضه، وإن لم تكن ذات جمال نظر إلى كله تحرزاً من الافتتان بذات الجمال والصحيح من كل هذا أن ينظر إلى ما يعرفها به فإن كان لا يعرفها إلا بالنظر إلى كل وجهها جاز إلى كله، وإن كان يعرفها بالنظر إلى بعضه لا يتجاوزه.

فرع آخر

لا يزيد على النظرة الواحدة إلا ليتحقق إثباتها إلا بنظرة ثانية فتجوز الثانية.

فرع آخر

متى خاف إثارة الشهوة بالنظر كف ولم يشهد إلا في متعين عليه بعد ضبط نفسه

فرع آخر

إذا كان في نقاب عرفها فيه لم يكشفه، وإن لم يعرفها فيه كشف منه ما يعرفها به ولا يقول على معرفة الكلام لأنه قد يشتبه.

فرع آخر

إذا عرفها بعينها احتاج في معرفة نسبها إلى الخبر المتظاهر.

فرع آخر

تظاهر الخبر إن كان من رجال [١٢/١٣١أ] ونساء وصغار وكبار وأحرار وعبيد فهو الأوكد لامتزاج من تصح شهادته بمن لا تصح.

فرع آخر

لو انفرد به النساء والعبيد صح به تظاهر الخبر لقبول خبرهم وإن ردت شهادتهم.

فرع آخر

لو انفرد به الصبيان في اختلاف أحوالهم وشواهد الحال بإنتفاء التصنع والمواطأة عنهم يحتمل صحة تظاهره بهم وجهين: **أحدهما**: لا يصح لأن أخبار أحادهم غير مقبولة، **والثاني**: يصح لأن أخبار أحادهم قد تقبل في الإذن وقبول الهدية ولأنهم أبعد من التصنع والتهمة فكان أولى أن يحصل بهم التظاهر.

فرع آخر

تجوز شهادة الأحول، فإن كان يرى الواحد اثنين لا تقبل شهادته في العدد وتقبل فيما سواه.

فرع آخر

لو عرف رجلاً باسمه ونسبه ولم يعرفه بعينه جاز أن يشهد له، ولا يجوز أن يشهد عليه لأنه يجوز أن يتحملها الغائب، ولا يجوز أن يتحملها عن الغائب.

فرع آخر

لو أراد أن تحمل الشهادة عمن لا يعرفه ولمن لا يعرفه قال قوم لا يجوز وقال قوم: يكلف المقر ان يأتيه بمن يعرفه ثم يشهد عليه بعد التعريف ولا يشهد عليه قبل، وقال الجمهور: يجوز أن يشهد إذا أثبت صورتهما وتحقق أشخاصهما، وإن لم يرهما قبل الشهادة ثم إذا أراد إقامتها فإن عرفها بأعيانهما صح إقامتها مع الجهالة باسمها ونسبهما فإن خفى [١٢/ ١٣١ب] عليه أشخاصهما واشتبهت لا تجوز إقامتها.

فرع آخر

تحليه المشهود عليه إن كان مجهولاً قال قوم: يجب ذلك لأنه يؤدي إلى المعرفة، وقال آخرون: يمنع من ذلك لأن الحلي قد تشتبه، وقال الجمهور: هي استظهار باعث على التذكر كالخط في القَبالة ولا يعول عليه في الأداء.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[١]: الكلام في الحلية في فصلين: **أحدهما**: ما يجوز أن يحلى فيه المقر به والثاني ما يجوز أن يحلى فيه المقر.

فأما الأول فالمقر فيها ثلاثة أضرب: **أحدهما**: ما لا يحتاج فيه إلى التحلية كالوصايا وما يلزم من العقود، **والثاني**: ما يحتاج فيه إليها كالديوان والبراءات والحقوق المؤجلة، **والثالث**: ما لم يجز العرف فيه بالتحلية، وإن جازت وهي عقود البياعات الناجزة والمناكح والوكالات.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٤٨).

وأما الثاني: حده قوم بما يجوز أن يستدل به القائف في إلحاق النسب فلا يجوز بما يحدث من آثار وجراح أو يمكن أن يغير ويتغير من شيب أو شباب وقال آخرون: حده كل ما اشتهر به من أوصافه ولا يجوز تحليته بما لم يشتهر به.

وقال الجمهور: التحلية يجوز بكل ما دل على المحلىٰ من أوصافه الظاهرة دون الباطنة فمنها الطول والقصر واللون من بياض أو سواد أو سمرة والبدن من سمن أو هزال وفيها الكلام كاللثغة والفأفأة والتمتمة والرَّدَّة وما في اللسان من العجلة [١٢/ ١٣٢أ] والثقل ومنها في العين من الكحل والشهلة والشكلة فقد قيل: إن الشكلة، الحمرة في بياض العين والشهلة هيئة الحمرة في سواد العين، وروي «أنه كان في عين رسول الله ﷺ شكلة»[1]، ومنها الشعر في الجعودة والسبط وقيل: لا يحلى به قد يتصنع للناس تجعيد السبط وتبسيط الجعد وهذا ليس بشيء لأنه يعرف المصنوع من المخلوق، ومنها سواد الشعر وبياضه وقيل: لا يحلى به لأن السواد قد يبيض والبياض يخضب وهذا ليس بشيء لأن بياض السواد بعلو السن يدل عليه تاريخ الشهادة وخضاب البياض يظهر للمتأمل.

فرع آخر

هل تجوز التحلية بالصمم؟ قال قوم من العلماء: يجوز وقال آخرون: لا يجوز لأنه قد يكون من مرض يزول.

فرع آخر

التحلية بما في الفم من الأسنان يجوز بما ظهر من الثنايا والأنياب دون الأضراس.

فرع آخر

تجوز التحلية بالجراح والشجاج والآثار اللازمة ولا يجوز بالثياب واللباس.

فرع آخر

يجوز تحلية النساء بما في وجوههن وبما ظهر من طول وقصر وهزال وسمن ويجوز تحلية المشهود له أيضاً كما تجوز تحلية المقر.

مسألة[2]: قال: وكذلك يحلف الرجل على ما يعلم بأحد هذه الوجوه التي ذكرناها في

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٤/ ١٩٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٧/٤٦).

العلم فيأخذ بمينه مع شاهده في رد اليمين [١٢/ ١٣٢ب] أو غيره من القسامة وغيرها لأن شرط اليمين أن يكون على علم من الحالف كما أن شرط الشهادة أن تكون على علم من الشاهد.

وجملته أن كل وجه يجوز أن يشهد به يجوز أن يحلف به قد يجوز أن يحلف على ما لا يجوز أن يشهد به وهو إذا رأى بخط يده في دفتر حسابه أو في رزنامته ديناً له على رجل وعرف من إتقانه في ذلك وأنه يضرب على ما يستوفيه فغلب على ظنه صحته أو رأى بخطه فغلب على ظنه، أو أخبره من يثق بخبره ولا يتهمه في قوله فإنه يجوز له أن يحلف عليه، ولا يجوز أن يشهد بمثل ذلك وقال في «الحاوي»: إن عرفه من وجه يجوز أن يشهد به لغيره يصح له المطالبة والدعوى واليمين عليه عند الرد، وإن عرف من وجه لا يصح له الشهادة به بخبر الواحد ويكون مكتوباً في كتاب الحساب فإن تشكل فيه ولا شيء يدل على صحته تجوز له المطالبة فربما يقر فيعلم صحته ولا يجوز أن يدعي إن أنكر ولا أن يحلف، وإن وقع في نفسه صحته يجوز أن يطالب به ويدعي وهل يحلف؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز له أن يحلف لأنه عرفه بغالب ظن يجوز أن يكون في الباطن بخلافه وقال هذا القائل هو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه، **والثاني**: هو الأصح [١٢/ ١٣٣أ] يجوز له أن يحلف لأن النبي ﷺ قال في خبر القسامة للأنصار «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[1]، وقد غابوا عن قتله ولأنه يثبت في الشرع بخبر الواحد فاليمين أولى أن يجوز، ثم رجع الشافعي بعد هذا إلى المناظرة مع أبي حنيفة في شهادة الأعمى فقال: قلت لمن لا يجيز شهادة الشاهد، وإن كان بصيراً حين علمه حين يعاين المشهود عليه يوم يردها عليه: أنت تجيز شهادة البصير على ميت وعلى غائب في حال وهذا نظير ما أنكرت فإنه لا يمكن الإشارة إلى الميت والغائب ولكن يرفع في نسبه ويحيزه عن غيره ويكفي كذلك هنا، ولأن الشافعي رضي الله عنه يجوز للبصير أن يشهد بالاسم والنسب من غير إشارة إلى عين المشهود عليه والإشارة إليه استحباب عنده وإنما يحتاج إلى الإشارة إلى عينه إذا لم يعرفه باسمه ونسبه فليشهد ويشير إليه فتقبل شهادته ذكره القاضي الطبري.

باب ما يجب من القيام بالشهادة[2]

مسألة: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٣] الآية.

(١) سيأتي تخريجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٧/٥٠).

جملة هذا أن تحمل الشهادة فرض على الكفاية، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: الآية ٢٨٢] الآية. وقال ابن عباس رضي الله عنهما «إذ دعوا لتحملها وإثباتها عند الحاكم»، وقيل: أراد دعوا لأدائها [١٢/ ١٣٣ب] عند الحاكم وقيل: أراد إذا دعوا للتحمل والأداء جميعاً، وقيل ندب لا فرض وبه قال عطاء وعطية وقال الشعبي: هو فرض على الكفاية، وقال قتادة والربيع بن أنس: هو فرض على الأعيان وعلى ما ذكرنا لو قعد الناس كلهم عن تحمل الشهادة جرحوا، وإن قام بتحملها بعضهم سقط عن الباقين الفرض لأن القصد من الشهادة وثيقة صاحب الحق فإذا قام بها اثنان حصلت الوثيقة ولأن في شهادة الجميع مشقة؛ لأن ذلك بمنزلة سائر فروض الكفايات مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم والجهاد ورد السلام وغير ذلك.

وإن لم يكن في الموضع غير شاهدين تعين عليهما التحمل كما لو مات رجل في سفر ولم يكن هناك غير واحد تعين عليه القيام بأمره حتى يدفنه، وإذا تحملها ودخلوا فيها ثم دعي إلى أدائها فهو أيضاً على الكفاية، فإذا امتنع الجميع من أدائها أثموا، وإن قام بها بعضهم سقط الفرض عن الباقين، وإن لم يكن غير واحد أو اثنين لموت الباقين أو غيبتهم، أو لم يكن فيه غير اثنين تعين الفرض عليهما، ولم يجز لهما تأخير أدائها وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: الآية ٢٨٣] وقيل: هذا أعظم وعيد لإنه نسب الإثم إلى القلب وهو أن يمسح مسحاً حتى لا يجد مرارة المعصية.

قال الشافعي رضي الله عنه: [١٢/ ١٣٤أ] أحفظ عن كل من سمعت من أهل العلم أن ذلك في الشاهد قال الشيخ القفال: لا يكاد يخفى هذا عن أحد لكن لم يجب أن يتكلم في القرآن إلا حكاية عن غيره لقوله ﷺ: «من فسر القرآن برأيه فإن أصاب... خطئه لو قسمت على أهل السموات والأرض وسعتهم، وإن أخطأ فليتبؤ مقعده من النار»(١).

فرع

قد يكون التحمل فرضاً على الكفاية ويكون الأداء فرضاً على الأعيان وهو إذا كثروا عند التحمل وقلوا في الأداء، ولا يجوز أن يكون فرض التحمل على الأعيان وفرض الأداء على الكفاية؛ لأن الأداء يكون بعد التحمل والأغلب من التحمل أنه على الكفاية ومن الأداء أنه على الأعيان لأنه يكثر المتحملين ويقل عدد المؤدين ولذلك اختير أن يكون عدد

(١) لم أجده.

المتحملين ثمانية، اثنان يموتان، واثنان يمرضان، واثنان مغيبان واثنان يحضران فيؤديان.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: فرض الأداء أغلظ من فرض التحمل للآية التي ذكرناها حيث قال: ﴿فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٣]، وقيل: أراد فاجر قلبه فيحمل على فسقه بكتمها في العموم، وقيل: يكتسب الإثم بكتمها فيحمل على مأثمه في الخصوص وقيل: خص القلب بها لأنه محل اكتساب الآثام والأجور وقيل: لأن القلب موضع العلم بها قال الله تعالى: ﴿إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَذِكْرَىٰ لِمَن كَانَ لَهُۥ قَلْبٌ﴾ [ق: الآية ٣٧].

فرع آخر

إذا بدأ باستدعاء أحدهم إلى تحمل الشهادة أو أدائها [١٢/ ١٣٤ب] ففيه وجهان:
أحدهما: يتعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم غيره يجيب فلا يتعين عليه.

والثاني: لا يتعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم أن غيره لا يجيب فعلى الوجه الأول يصير عاصياً حتى يجيب وهو اختيار أبي إسحاق وهو الصحيح من المذهب وهو ظاهر مفهوم قول الشافعي رضي الله عنه وفرض القيام بالشهادة في الابتداء عند التحمل على الكفاية فدل أن الانتهاء خلاف الابتداء، وهكذا قال الجويني صاحب «المنهاج» وعلى هذا قال أبو إسحاق: لو تحمل عشرة شهادة ثم دعا صاحب الحق اثنين منهم ليس لهما أن يفوضا إلى غيرهما ويمتنعا من إقامتها اتكالاً على غيرهما لأنه فرض قد تقلده وألزمه نفسه فلا يكون له الامتناع إلا بإقامة الغير ذلك فيمتنع حينئذٍ لعلمه بأن فيمن شهد كفاية ولأن لصاحب الحق مطالبة الضامن، وإن كان في يده وثيقة لأنه التزمه، وكذلك الشاهد وليس له أن يمتنع من أدائها، وإن كان معه غيره لأنه قد التزمه بدخوله فيه ولأنه تعين بطلب الطالب منه ذاك، ولو جوزنا لكل اثنين منهم الامتناع هلك حق الرجل، وعلى الوجه الثاني لا يصير عاصياً في الحال حتى يمتنع غيره، وقال ابن أبي أحمد فيه قولان، ولعله أراد قولين مخرجين.

فرع آخر

إذا امتنعوا جرحوا وكان المبتدىء بالاستدعاء [١٢/ ١٣٥أ] أغلظهم إثماً لأنه صار متبوعاً في الامتناع كما لو بدأ بالإجابة كان أكثرهم أجراً لأنه صار متبوعاً فيها.

فرع آخر

لو توقف عن الإجابة عند التعيين يصير عاصياً إلا أن تكون الشهادة في حدود الله تعالى فإنه مندوب إلى التوقف عن تحملها، فأما توقفه عن أدائها، فإن كان في توقفه إيجاب حد على غيره كشهود الزنا إذا لم يكلموا يجب عليه الأداء، وأثم بالتوقف، وإن كان لا يجب بتوقفه حد فهو على ضربين فإن ظهر من المشهود عليه ندم فللمندوب إليه أن لا يؤدي الشهادة عليه بالحد، ولا يأثم بتوقفه، وإن كان غير نادم على فعله فللمندوب إليه أن يقيمها وتوقفه عنها مكروه ولا تكون معصية وإنما يعصي بالتوقف عن حقوق الآدميين.

فرع آخر

لو بقي المشاهد الواحد فإن كان مما لا يحكم فيه بالشاهد واليمين يسقط فرض الأداء عنه وإن كان مما يحكم فيه بالشاهد واليمين فإن كان هو والحاكم يرى الحكم به يجب أن يشهد وعليه أن يحكم، وإن كانا لا يريان ذلك لا يجب أن يشهد، وإن كان الشاهد يرى الحكم به دون الحاكم لا يجب أن يشهد، وإن كان الشاهد لا يرى الحكم به والحاكم يرى الحكم به يلزمه أن يشهد لأنه يعتقد أن ما شهد به حق واجب وإن كان في إلزام الحاكم غير واجب عنده والإلزام معتبر [١٢/ ١٣٥ب] باجتهاد الحاكم دون الشاهد.

فرع آخر

يلزمه أن لا يكتم الشهادة على والده وولده وعلى نفسه أيضاً وشهادته على نفسه الإقامة، قال الله تعالى: **﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسهم أو الوالدين والأقربين﴾** الاية.

فرع آخر

لو نصر مع واحد لأداء الشهادة ليس لواحد منهما أن يقول: يشهد لك صاحبي فأحلف لك، وإن كان القاضي يقضي بشاهد ويمين لأنه يقول: إنما أشهدتكما لكي لا احتاج إلى الابتداء باليمين.

فرع آخر

الكاتب إذا دعي ليكتب فعليه أن يكتب خاصة إذا علم أنه متعين، قال الله تعالى: **﴿ولا يأبى كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب﴾** ثم قال: **﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾** [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] ومضرتهما تضييق الأمر عليهما في وقت يكونان مدفوعين إلى شغل يتعذر

عليهما إهماله الإحلال به مثل الصلاة والأكل وغير ذلك من الحوائج.

وقال الشافعي رضي الله عنه[1]: فأشبه أن يكون خرج من ترك ذلك ضراراً يعني من شرك الله تعالى بترك مضارتهما فضارهما أشبه أن يكون إثماً وقيل: الكاتب والشهيد فاعلان أي لا يضار كاتب ولا شهيد في ذلك بأن يدفع الكتبة ويكتم الشهادة والكتبة هي تحمل الشهادة فوجب أن يشهد بما علم وواجبه أن يتحمل إذا لم يكن يحضره سواه ممن يتحمل على ما ذكرنا وقيل: هما مفعولان أي لا يعجلا عن صلاة [١٢/١٣٦أ] أو أكل على ما ذكرنا وقيل: يضار قرىء بتنصب الراء ورفعه ومعنى الرفع لا يضر الكاتب والشهيد من يدعو ضار لا يجيبه وقيل أيضاً، بأن يكتب ما لم يستكتبه أو يشهد بما لم يشهد ومعنى النصب أنه لا يضر بالكاتب والشهيد بأن يقطعا عن شغلهما على ما ذكرنا.

فرع آخر

أعذار الشهادة ضربان: **أحدهما**: العجز، **والثاني**: المشقة فالعجز أن يكون مريضاً يعجز عن الحركة، فإن حضره الحاكم لم يعذر في التوقف.

وأما المشقة فضربان: حظر وأذى فالحظر أن يخاف من سلطان جائر وفتنة عامة فلا تلزم الإجابة، وأما المشقة فضربان: **أحدهما**: ما يتوقع زواله من حر شديد وبرد شديد لا يلزمه الإجابة حتى يزول، وإن كان دائماً مثل أن يدعي مع الصحة إلى المشي إلى مجلس الحكم لأدائها، فإن كان خارج البلد عذر بالتأخير سواء قربت المسافة أو بعدت وسواء كان ذا مركب أو لا، لأن في مفارقته وطنه مشقة، وإن كان في بلده فإن قربت أطراف بلده لصغره يلزمه الإجابة، وإن بعدت أقطاره فإن جرت عادته بالمشي في جميع أقطاره لزمته الإجابة، وإن لم تجر عادته لم تلزمه، وإن قدر لأن مفارقة العادة مشقة إلا أن يكون ذا مركب فلا مشقة عليه في الركوب فتلزمه الإجابة.

فرع آخر

لو حمل إلي الشاهد مركوب وهو غير ذي مركوب اعتبرت حاله [١٢/١٣٦ب] فإن كان لم تنكر الناس ركوب مثله لزمته الإجابة، وإن لم تناكروها ما لم تلزمه الإجابة لأن ما ينكره الناس يستقبح.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٥٣).

فرع آخر

إذا خاف ضياع ماله لم يلزمه الإجابة فإن ضمن له الداعي حفظ ماله لا يلزمه الإجابة أيضاً لأنه لا يلتزم ائتمان الناس على ماله.

فرع آخر

لو كان يتعطل به عن اكتسابه فإن دعي في اكتسابه لم يلزمه الإجابة، وإن دعي في غيره لزمته الإجابة.

فرع آخر

لو بذل الداعي قدر كسبه لم يلزمه قبوله ولو طلب قدر كسبه، فإن كان أكثر من أجرة مثله لم يجز وإن كان قدر أجرة مثله قد ذكرنا ما قيل فيه، وقال في «الحاوي»: فيه ثلاثة أوجه: **أحدهما**: يجوز له أخذها كأجرة الكاتب، **والثاني**: لا يجوز كالحاكم، **والثالث**: له أن يأخذها على التحمل دون الأداء لأنه في الأداء متهم وفي التحمل غير متهم.

فرع آخر

يلزم أن يشهد عند كل ذي ولاية من أهل العدل أو أهل البغي.

فرع آخر

لو دعي أن يشهد عند جائر فإن كان جورة في الحق المشهود به لا تلزمه الإجابة، وإن كان جوره في غيره لزمته الإجابة.

فرع آخر

لو دعي أن يشهد عند متوسط، فإن لم يلزمه ماحكم لم يلزم، وإن إلتزم ماحكمه بل تجب الإجابة فيه وجهان مخرجان من القولين في الحكم هل يلزم المتراضيين به حكمه أو لا.

فرع آخر

لو دعي إلى حاكم لا يعلم هل يقبل شهادته أم لا لا يلزمه الإجابة لجواز [١٢/ ١٣٧أ] أن لا يقبلها فإن شهد عنده فتوقف عن قبولها لاستبراء حاله يلزمه أن يشهد بها عند غيره من الحكام إذا ادعى إليه لأنه لا يجوز لغيره الحكم بشهادة ردت بحكم.

باب شروط الذين تقبل شهادة[١]

قال الشافعي رضي الله عنه: قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: الآية ٢]. وقال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. فكان يعرف من خوطب بهذا أنه أريد بذلك الأحرار البالغون المسلمون.

اعلم أنه لا تقبل الشهادة إلا من حر بالغ عاقل ثقة فالعبد لا تقبل شهادته بحال وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم والحسن وعطاء ومجاهد وشريح ومالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة، وقال علي رضي الله عنه: «شهادة العبيد تقبل بعضهم على بعض ولا يجوز قبولها على حر»[٢]، وقال عثمان البتي: تقبل شهادته على الكل وحكي عنه أنه قال: رب عبد خير من سيده، وروي ذلك عن أنس بن مالك وبه قال داود وأبو ثور وروى البخاري هذا عن شريح وزراره، وروي ذلك عن أحمد وإسحاق ورواه بعض أصحابنا بخراسان عن مالك ولا يصح عنه، وقال ابن سيرين شهادته جائزة إلا لسيده، وقال الشعبي والنخعي: [١٢/ ١٣٧ب] تقبل شهادته في القليل دون الكثير وروي هذا عن الحسن البصري وقيل: إن عبداً شهد عند شريح فقبل شهادته فقيل له إنه عبد فقال: كلكم ابن عبد وأمة. واحتجوا بأن من قبل خبره قبلت شهادته كالحر.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: الآية ٢٨٢]. قال مجاهد: يعني من الأحرار وقال الشافعي: ورجالنا أحرارنا لا ممالكينا الذين يغلبهم من يملكهم على كثير من أمورهم، وأيضاً قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. والعبيد ليسوا من المرضيين على الإطلاق في المرؤة وغيرها ويغلبهم من يملكهم على أمورهم كذا قال الشافعي.

وأراد أن المرؤة لا تحصل لهم لأنهم يملكهم من يبتذلهم فيما يخالف المرؤة، وأيضاً فالشهادة موضوعة على المفاصلة لأن الرجل فيهال كالمرأتين ولا يساوي العبد الحر في الولايات والعبادات والتمليكات، أو نقول الشهادة أمر لا يتبعض مني على التفاضل فلا مدخل للعبيد فيها كالميراث، وقولنا: لا يتبعض احتراز عن النكاح والطلاق، وقولنا: بني على المفاضلة احتراز عن القطع في السرقة وأما الخبر قلنا الشهادة تخالف الخبر لأن المرأة فيه كالرجل بخلاف الشهادة.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/ ٥٨).

(٢) تقدم نحوه.

مسألة: قال: وفي قوله تعالى: ﴿شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] دليل على إبطال قول من قال تجوز شهادة الصبيان [١٢/١٣٨أ] في الجراح ما لم يتفرقوا[١].

اعلم أنه لا يقبل شهادة الصبيان بحال، وبه قال ابن عباس رضي الله عنهما والحسن وعطاء والشعبي والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وأبو حنيفة، وروي أن ابن أبي مليكة «كتب إلى عباس يسأله عن شهادة الصبيان فكتب إليه أن الله تعالى يقول: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. وليسوا ممن نرضى فلا تجوز»[٢]. وقال ابن الزبير تقبل شهادة بعضهم على بعض في الجراح إذا كانوا مجتمعين على الصفة التي كانوا عليها، وبه قال النخعي ومالك وهذا لأنهم إذا تفرقوا يحتمل أنهم لُقّنوا، وروي أن ابن الزبير رضي الله عنهما قضى بشهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا فخالفه ابن عباس رضي الله عنهم فصار الناس إلى فضاء ابن الزبير، وعن أحمد ثلاث روايات:

إحداها: مثل قول مالك، **والثانية:** مثل قولنا، **والثالثة:** أن تقبل شهادتهم في كل شيء.

وحكي عن الحسن أنه «أجاز شهادة الصبيان في الموضحة والسن فيما دون احتجاجاً بقضاء ابن الزبير في الحكم بشهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا»[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢]. والصبيان ليسوا من الرجال ولأنه لا تقبل شهادتهم في الأموال مع ضعفها فلأن لا تقبل في هذا أولى، أو نقول: لو جاز ما قالوه للضرورة [١٢/١٣٨ب] لجاز في الجراح بشهادة النساء في الحمامات والأعراس، وينبغي أن تقبل شهادة قطاع الطريق بعضهم على بعض للضرورة، أو نقول: لا تقبل شهادتهم في الأموال فكذا في الجراح كالفاسق، أو نقول: الصبي لا يلزمه شيء إذا أقر أو نذر أو عقد بيعاً فكيف يلزم غيره بشهادته؟ واحتج الشافعي رضي الله عنه بأن الصبيان لا فرائض عليهم فكيف يجب بقولهم فرض.

مسألة: قال: المعروفون بالكذب من المسلمين لا تجوز شهادتهم فكيف تجوز شهادة الكافرين مع كذبهم على الله تعالى[٤].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٥٩).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٣١٤).

(٣) ذكره مالك بن أنس في المدونة الكبرى (١٣/١٦٣).

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٧/٦٠).

قصد بهذا الرد على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: تقبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ولا تقبل شهادتهم على المسلمين وبه قال الحسن وسوار وحماد والثوري وعثمان البتي وعندنا لا تقبل شهادتهم بحال، وبه قال مالك والأوزاعي والحسن في رواية وابن أبي ليلى وأحمد، وروي عن أحمد أنه قال: تقبل شهادته على المسلمين في الوصية إذا لم يكن مسلم ولا تقبل بعضهم على بعض، وقال داود: تجوز شهادة أهل الذمة على المسلم في وصيته في السفر دون الحضر، وبه قال سعيد بن المسيب وعكرمة، وروي ذلك عن الحسن والنخعي وشريح والأوزاعي أيضاً، [١٢/١٣٩أ] وقال الشبعي والزهري وقتادة والحكم بن عتيبة وإسحاق وأبو عبيد تقبل شهادة أهل كل ملة بعضهم على بعض، ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي، واحتج أبو حنيفة بما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض»(١)، وأنه يلي بعضهم على بعض.

واحتج أحمد بقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت خيزاً الوصية**﴾. الآية وقال أبو موسى الأشعري رضي الله عنه: يعني من غير أهل دينكم، وروى الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة... ولم يجد أحداً من المسلمين يشهد على وصيته فأشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفا بعد العصر بالله ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وإنها وصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما.

ودليلنا قوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقال تعالى أيضاً ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] وقال أيضاً: ﴿**ممن ترضون [١٢/١٣٩ب] من الشهداء**﴾ قال الشافعي: في الآية دلالة على أن الله تعالى إنما عنى المسلمين دون غيرهم من قبل أن رجالنا ومن نرضى من أهل ديننا لا المشركون لقطع الله تعالى الولاية بيننا وبينهم بالدين ووصف الشهود منا فقال ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلَاق: الآية ٢] فلا يجوز من غيرنا، وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: «يا معشر المسلمين كيف تسألون أهل الكتاب عن شيء وقد حدثكم الله تعالى أن أهل الكتاب قد بدلوا ما كتب الله وغيروا»(٢)، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تصدقوا أهل الكتاب ولا تكذبوهم»(٣)، وروى أبو سلمة عن

---

(١) تقدم ذكره.

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يسأل أهل الشرك عن الشهادة وغيرها (٢٦٨٥).

(٣) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب ﴿قُولُوٓاْ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيۡنَا﴾ [البَقَرَة: الآية ١٣٦] (٤٤٨٥).

أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يتوارث أهل ملتين بشيء، ولا يجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد فإنها تجوز على غيرهم»(١)، وروي: إلا أمتي فإنهم يجوزون على سائر الأمم ﷺ.

واحتج الشافعي رضي الله عنه بما ذكر هنا وهو أنه لا تقبل شهادة المعروف بالكذب وكذلك المغفل الذي يكثر غلطه ونسيانه، وإن كان من الصالحين لا تقبل شهادته.

وأما خبرهم قال أصحابنا: لا أصل له فإن صح يحمل على اليمين ويعبر بالشهادة عن اليمين، قال الله تعالى: ﴿**قالوا نشهد أنك لرسول الله**﴾ يعني: نحلف ثم نعارضه بما روى عبادة بن نسي [١٢/ ١٤٠أ] رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»(٢). وأما الآية التي ذكروها قال الحسن: أراد والحران من غيركم من المسلمين من القبيلة أو غير القبيلة، ألا ترى أنه قال: يحبسونهما من بعد الصلاة وهكذا قال عكرمة وهذا لأن الغالب في الوصية أن الموصي يشهد أقربائه وعشيرته دون الأجانب، وقيل: هذه الآية صارت منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: الآية ٢]. وروي هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، وروي عن ابن عباس أنه قال: «خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن برّاء فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجد الجام بمكة فقالوا: اشترينا من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما وأن الجام لصاحبهم قال فنزلت فيهم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾ [المائدة: الآية ١٠٦] الآية(٣). وفي هذا حجة لمن رأى رد اليمين على المدعي والآية محكمة لم تنسخ، هكذا قالت عائشة رضي الله عنها والحسن وعمرو بن شرحبيل وقالوا: «المائدة [١٢/ ١٤٠ب] آخر ما نزل من القرآن الكريم لم ينسخ منها شيء»(٤) والآية على الوصية دون الشهادة لأن نزولها كان في الوصية وتميم الداري وصاحبه عدي كانا وصيين لا شاهدين، والشهود لا يحلفون وحد حلفهما

---

(١) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٢٠٤٠٣) (١٠/ ١٦٣).

(٢) أخرج نحوه الدارقطني في «**سننه**» (٤/ ٦٩).

(٣) أخرجه البخاري في الوصايا، باب قول الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ﴾ [المائدة: الآية ١٠٦] (٢٧٨٠) والترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله ﷺ باب ومن سورة المائدة (٣٠٦٠)، وأبو داود في الأقضية، باب شهادة أهل الذمة وفي الوصية في السفر (٣٦٠٦).

(٤) لم أجده.

رسول الله ﷺ وإنما عبرا بالشهادة عن الأمانة التي تحملانها وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَلَا نَكْتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: الآية: ١٠٦] أي أمانة الله.

وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن تميم الداري في هذه الآية قال: بري الناس منها غيري وغير عدي بن برّاء وكانا نصرانيين يختلفان إلى الشام قبل الإسلام لتجارتهما وقدم عليهما مولى لبني سهم قال له بريك بن أبي مريم بتجارة ومعه جام من فضة وهو عظم تجارته فمرض فأوصى إليهما وأمرهما أن يبلغا ما ترك إلى أهله قال تميم: فلما مات أخذنا ذلك الجام فبعناه بألف درهم ثم اقتسمناه أنا وعدي فلما قدمنا إلى أهله دفعنا إليهم كل ما كان معنا وفقدوا الجام فسألونا عنه فقلنا: ما ترك غير هذا وما دفع الينا غيره قال تميم: فلما أسلمت بعد قدوم رسول الله ﷺ المدينة تأثمت من ذلك، فأتيت أهله فأخبرتهم الخبر وأديت إليهم خمس مائة درهم وأخبرتهم أن عند صاحبي مثلها فوثبوا إليه فأتوا به رسول الله [١٢/ ١٤١أ] ﷺ فسألهم البينة، فلم يجدوا فأمرهم أن يستحلفوه بما يعظم به على أهل دينه فحلف فأنزل الله تعالى: **﴿يا أيها الذين أمنوا شهادة بينكم﴾**. إلى قوله تعالى: ﴿أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [المائدة: الآية ١٠٨]. فقام عمرو بن العاص ورجل آخر منهم فنزعت الخمس مائة من عدي بن برّاء[1] وقال متماثل في هذه القصة: جاء تميم وعدي بالمال والوصية فدفعاه إلى أولياء الميت، فاستنكر القوم قلة المال فقالوا لهما: إن صاحبنا خرج بمال كثير فهل باع شيئاً وهل طال مرضه فأنفق على نفسه فقالا: لا فقالوا: خنتما وقبضوا المال ورفعوا أمرهما إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى هذه الآية، فلما نزلت أن يحبسا بعد الصلاة أمرهما النبي ﷺ فقاما بعد الصلاة فحلفا بالله رب السموات ورب الأرض ما ترك مولاكم من المال إلا ما أنباكم به وإنا لا نشتري بإيماننا ثمناً من الدنيا، ولو كان ذا قربىٰ ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الأثمين، فلما حلفا خلى سبيلهما ثم إنهم وجدوا بعد ذلك إناء من آنية الميت وأخذوا تميماً وعدياً فقالا: اشترينا منه في حياته فكلفا البينة فلم يقدرا عليها فرفعوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى، فإن عثر بقول فإن اطلع على أنهما استحقا إثماً يعني تميماً وعدياً يقول: إن كانا كتما حقاً فآخران [١٢/ ١٤١ب] من أولياء الميت يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الأوليان فيقسمان بالله، يقول: فيحلفان بالله إن مال صاحبنا كان كذا وكذا، وإن الذي نطلبه قبل تميم وعدي لحق وما اعتدينا إنا... لمن الظالمين فهذا قول الشاهدين أولياء الميت حين اطلع على خيانة الوصيين لقول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ﴾ [المائدة: الآية ١٠٨]، يعني تميماً وعدياً

(١) أخرجه الترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله، باب ومن سورة المائدة (٣٠٥٩).

والناس أن يعود ولمثل ذلك وبه قال مجاهد والحسن والضحاك.

قال الشافعي: ومعنى شهادة بينكم، إيمان بينكم والله أعلم فإن قيل: أليس يجوز أن يكون الكافر ولياً لولده الكافر في المال والنكاح، فكذلك يجوز أن يكون شاهداً، قيل الولاية مخالفة للشهادة لأن المسلم لا يكون ولياً للكافر ويكون شاهداً للكافر وعليه ولأن الكافر يكون ولياً للكافر فيما له على المسلم وفيما للمسلم عليه، ولا يكون الكافر شاهداً على المسلم وقد قيل: الولاية تتعلق بالنسب وتتعين في شخص بعينه فكانت أقوي من الشهادة التي لا تتعين.

وقيل الشرائط فيمن تجوز شهادته ست: إحداها: العدالة وهي الركن في كل شهادة وقال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: الآية ٢]. وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البَقَرَة: الآية ٢٨٢] والمرضى العدل. **والثانية**: إلى السادسة شرائط العدالة وهي البلوغ والعقل والحرية [١٢/ ١٤٢أ] والإسلام والعفاف عن المعاصي والمرؤة وانتفاء التهمة وما تقدم أصح.

كتاب الأقضية واليمين مع الشاهد[(١)]

قال: أخبرنا عبد الله بن الحارث وذكر الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد»[(٢)].

اعلم أنه إذا ادعى مالاً وأقام به شاهداً واحداً الحلف معه ويحكم له به، وبه قال الخلفاء الأربعة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب رضي الله عنهم والحسن وعمر بن عبد العزيز وأبو سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وشريح ويحيى معمر وسليمان بن يسار وعطاء، والفقهاء السبعة وأبو الزناد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال كلثوم بن زياد: أدركت سليمان بن حسن والزهري يقضيان بذلك يعني بشاهد ويمين.

وقال أبو حنيفة: لا يقضي به بحال وبه قال النخعي وابن شبرمة والأوزاعي والثوري، وروي ذلك عن الزهري أيضاً، وروي عن النخعي مثل مذهبنا، وحكي عن محمد بن الحسن أنه قال: من قضي بالشاهد واليمين نقضت حكمه، واحتجوا بقوله تعالى: **﴿واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾**. فمن زاد في ذلك [١٢/ ١٤٢ب] فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ.

ودليلنا الخبر الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه، وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنهم «أن النبي ﷺ قضى الشاهد الواحد مع يمين صاحب الحق»[(٣)]، وقضى به علي رضي الله عنه بالعراق، وروى علي رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أحلف صاحب الحق مع الشاهد»[(٤)] وروي «أن النبي ﷺ قضى بشاهدة الرجل ويمين الطالب»[(٥)] وروي عن مسلمة بن قيس الأنصاري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «استشرت جبريل عليه السلام في اليمين مع الشاهد فأمرني بها»[(٦)]، وروى جابر رضي الله عنه «أن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/ ٦٨).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٩٦٢).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٧٠).

(٤) لم أجده بهذا اللفظ.

(٥) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين (٢٣٧١).

(٦) ذكره ابن حجر في التلخيص الكبير (٤/ ٢٠٦).

النبي ﷺ قال: أتاني جبريل عليه السلام فقال: إن الله يأمرك أن تقضي بشاهد ويمين»[١]، وروى عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قضى الله ورسوله في الحق بشاهدي عدلٍ فإن جاء بشاهدين أخذ حقه، وإن جاء بشاهد واحد حلف مع شاهد»[٢].

وأيضاً روى أبو داوود بإسناده عن عمار بن شعيب بن عبد الله بن الزبير عن أبيه عن جده الزبير رضي الله عنه قال: بعث رسول الله ﷺ جيشاً إلى بني العنبر فأخذ فيهم بدلية من ناحية الطائف فاستساقهم [١٢/١٤٣أ] إلى نبي الله ﷺ فركبت فسبقتهم إلى النبي ﷺ فقلت: «السلام عليك يا نبي الله ورحمة الله وبركاته أتانا جندك فأخذونا وقد كنا أسلمنا وخضرمنا أذان النعم فلما قدم فشهد الرجل فقال نبي الله ﷺ: ألكم بينة على أنكم أسلمتم قبل أن تؤخذ في هذه الأيام قلت: نعم قال: من بيتك سمرة رجل من بني العنبر ورجل آخر سماه فشهد الرجل وأبي سمرة فقال نبي الله ﷺ: قد أبى أن يشهد لك فتحلف مع شاهدك قلت: نعم فاستحلفني فحلفت بالله لقد أسلمنا يوم كذا وكذا وخضرمنا أذان النعم فقال: اذهبوا فقاسموهم أنصاف أموالهم ولا تمسوا ذراريهم لولا أن الله لا يحب ضلالة العمل ما زريناكم عمالاً قال الزبير: فدعتني أمي فقالت: هذا الرجل أخذ بيتي فانصرفت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته فقال: احبسه فأخذت بتلبيته وقمت معه بمكاننا ثم نظر إلينا نبي الله ﷺ فقال: ما تريد من أسيرك فأرسلته من يدي فقام نبي الله ﷺ فقال للرجل رد عليه زربية أمه التي أخذت منها فقال: يا نبي الله إنها خرجت من يدي فاختلع نبي الله ﷺ سيف الرجل فأعطانيه فقال للرجل اذهب فزده أصوعاً من طعام قال: فزاد فيه أصوعا من شعير»[٣]. قوله خضرمنا أي قطعنا أطراف [١٢/١٤٣ب] آذانها وكان ذلك في الأموال علامة من أسلم وبين من لم يسلم والمخضرمون قوم أدركوا الجاهلية وبقوا إلى أن أسلموا، ويقال: أصل الخضرمة خلط الشيء بالشيء وضلالة العمل بطلانه وذهاب نفعه يقال: طل اللبن في الماء إذا بطل وتلف، وقوله ما رزيناكم أصله رزأناكم بالهمز يعني ما نقصناكم من أموالكم عقالاً والزربية الطنفسة فإن قيل: هذا استعمال اليمين مع الشاهد في غير الأموال وعندكم لا يجوز قلنا: قد قيل: قصد هذا المال لأن الإسلام يعصم المال كما يعصم الدم، ثم هو دليل على أنه يقضي باليمين مع الشاهد في الجملة ثم تركنا له البعض بدليل، وروى عمرو بن حزم والمغيرة بن شعبة قالا: «بينما نحن عند رسول الله ﷺ دخل رجلان يختصمان مع أحدهما:

---

(١) تقدم ذكره.

(٢) تقدم فيما سبق.

(٣) لم أجده.

شاهد على حقه فجعل رسول الله ﷺ يمين صاحب الحق مع شاهده فاقتطع بذلك حقه»[1] وأما الآية التي ذكروها قلنا: الزيادة لا تكون نسخاً عندنا وعندهم أيضاً لا يكون نسخاً إذا لم يغير حكم المزيد وهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد ولهذا زدتم النكول ولا يكون نسخاً أو نقول: وردت الآية في التحمل دون الأداء ولهذا قال تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: الآية ٢٨٢].

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه: فكل ما كان مالاً من القرض والغصب وأداء مال الكتابة أو المقصود منه [١٢/ ١٤٤أ] المال كالبيع والرهن والآجال والخيار في البيع وجناية الخطأ جميع ذلك بشاهد ويمين وما عدا ذلك لا يثبت بشاهد ويمين، وقد ذكرنا فيما مضى أنه لا يحكم به في الرضاع والولادة ونحو ذلك، وروي عن مالك أنه قال: يحكم بالشاهد واليمين في الحدود أيضاً وهذا لا يصح لما روى الدارقطني بإسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «استشرت جبريل عليه السلام في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار بذلك علي في الأموال لاتعدوا ذلك»[2]، وقال عمرو بن دينار: فيما رواه عن ابن عباس رضي الله عنهما وذلك في الأموال وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره.

فرع آخر

قال أبو حامد في «التعليق»: إذا قطع يده من الساعد عمداً يثبت بالشاهد واليمين لأنه لا قصاص فيه، وقال القاضي الطبري: هذا غلط لأن له أن يستوفي القصاص من الكوع قلا يثبت ذلك بالشاهد واليمين، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على أن لا يقبل شاهد وامرأتين وشاهد ويمين في الهاشمة والمأمومة لأن المشجوج لو أراد الاقتصاص من موضحته له ذلك ونص الشافعي على أن من له ثلاثة أصابع إذا قطع من له يد كاملة الأصابع فله عليه أن يقطع من يده ثلاثة أصابع وإن كان الجاني قطع من الكوع ولم يقطع أصابعه.

فرع آخر

يجوز أن يحكم بالمال [١٢/ ١٤٤ب] بشاهد وامرأتين مع وجود شاهدين، وحكي عن مالك أنه قال: لا يجوز الحكم بالمال بالشاهد، والمرأتين إلا عند عدم الشاهدين وهذا غلط

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٥١) (١٠/ ١٧١).

(٢) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/ ٢٠٦).

لأنه يجوز أن يستوثق المستشهد بشاهد وامرأتين،مع القدرة على الشاهدين.

فرع آخر

عند بائع مع القدرة على البينة الكاملة يجوز اثباته بشاهد ويمين في ظاهر المذهب، وقال في الحاوي فيه وجهان: **أحدهما**: هذه، والثاني لا يجوز لأن نقصها عن الكمال يبعث على الحكم بها في الاضطرار دون الاختيار.

فرع آخر

لا يسمع الحاكم يمينه حتى يثبت عنده عدالة شاهده ظاهراً وباطناً، فإذا ثبت ذلك استحلف المدعي وحكم له وهذا لأن الحال قبل ثبوت العدالة كالحال قبل الشهادة.

فرع آخر

لو حلف المدعي مع شاهده فيما ذكرنا حكم له فإن قال: لا أحلف وامتنع كان القول قول المدعى عليه مع يمينه فإن حلف سقطت دعواه وليس للمدعي أن يحلف بعد ذلك مع شاهده لأن بامتناعه سقط حقه من اليمين ولا يشبه ذلك إقامة البينة بعد اليمين لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فامتنع بخلاف البينة.

وقال بعض أصحابنا: لو انصرفا عن هذا المجلس ثم عادا في مجلس آخر واستأنفا الدعوى [١٢/ ١٤٥أ] وأقام لم يقض منها، والثاني القبول يبني على ملك سابق من حين مات الموصي فبالقبول يدخل في ملك ثم يورث عنه وعلى هذا لو كان على أيهم دين قضي منها ويقتسمون قسمة الميراث.

فرع آخر

لو نكلوا عن اليمين ثم ماتوا وأراد ورثتهم أن يحلفوا مع الشاهد فإن كان امتناعهم لنكولهم لا يجوز للورثة الحلف لأنهم أسقطوا حقهم من الأيمان بنكولهم، وإن خافوا فوقفوا عن الإيمان فيجوز للورثة أن يحلفوا وقد ذكرنا فيما مضى أن الدين عندنا لا يمنع ملك الورثة والتركة كالمرهونة به. وقال الإصطخري: ولم يملكوا بما أحاط بقدر الدين، وعند أبي حنيفة أن أحاط بكل التركة لم يملكوها، وإن أحاط ببعضها ملكوا كلها الحلاف وتأثير الخلاف فيما يحدث من التركة من النماء قبل قضاء الدين كالثمرة والنتاج وكسب العبد تكون مضمومة إلى التركة في قول من جعلها باقية على ملك ميتهم الميت يتعلق بها قضاء الدين ويظهر في الزكاة وزكاة الفطر.

مسألة: قال: وإن كان فيهم معتوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف[(١)].

ظاهر هذا أن يستوفي حقه من المديون أو يستخرج من يد الورثة في الوصية، وليس المراد هذا وإنما أراد التوقف في استيفاء حقه وكيف يستوفى له شيء من الوصية أو من الميراث والبينة لم تكمل؟ وقال [١٢/ ١٤٥ب] أبو إسحاق: معناه أنه لم يمنع من اليمين إذا عقل في الثاني فيكون حقه من اليمين موقوفاً، ولم يرد به أن الشيء ينتزع من يد المدعى عليه ويجعل موقوفاً وقال صاحب «الإفصاح»: يؤخذ نصيبه منه ويوقف بشاهد واحد فيه قولان كما قلنا هل له أن يطلب بالكفيل بشاهد فيه قولان، وكذلك إذا ادعى على أجنبي أنه قذفه وأقام عليه شاهداً واحداً فهل يجوز جلسه إلى أن يقيم الشاهد الآخر فيه قولان ولا خلاف أنه إذا أقام شاهدين يحبس أو يطالب بالكفيل إلى أن يعدل الشاهدان لأن البينة قد تمت في الظاهر، فإذا تقرر هذا فإذا بلغ الطفل أو عقل المعتوه كان له أن يحلف، فإن حلف استحق، وإن نكل عن اليمين سقط حقه وإن مات قبل أن يعقل قام وارثه مقامه.

وقال في «الأم»: ولو كان في الورثة أخرس وكان يعقل الإشارة باليمين أشار إليه باليمين حتى يقسم عنه أنه حلف ثم يعطيه حقه، وإن كان لا يعقل الإشارة أو يموت فيقوم وارثه مقامه وعلى هذا قال بعض أصحابنا بخراسان، إذا كان أحد الاثنين غائباً فالحاضر يحلف مع شاهده ولا يستحق من يد المدعى عليه إلا نصيبه وهو النصف والباقي يترك في يده حتى يرجع الغائب، فإذا رجع فلا حاجة إلى إعادة إقامة ذلك الشاهد إذا كانت الدعوة في ميراث [١٢/ ١٤٦أ] وأقام الشاهد يجوز أن يحلف معه وفي هذا نظر.

فرع آخر

لو نكل المدعى عليه عن اليمين هنا بعد طلبه فهل ترد اليمين على المدعي؟ فيه قولان: **أحدهما**: لا ترد لأنه قد أبطلها بنكوله كما تقول في المدعى عليه إذا امتنع من اليمين لا تعرض ثانياً، **والثاني**: يرد وهو الأصح لأن يمين النكول غير اليمين التي تحلف بها مع الشاهد لأن يمين النكول تدخل في المال وغيره بخلاف اليمين مع الشاهد ولأنه يحلف في النكول بالله الذي لا إله إلا هو أن لي عليه هذا الحق ويحلف مع الشاهد فيقول: بالله أن شاهدي لصادق وما شهد به لحق، فإذا كان كذلك اختلفا فلم يكن النكول عن إحداهما نكولاً عن الأخرى.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٨٠).

فرع آخر

إذا قلنا بالقول الأول لا يُرد على المدعي قال أبو حامد: يحبس المنكر بالشاهد حتى يحلف ويعترف لأنه قد تعين عليه ذلك فلا يكن له إسقاطها ويخالف هذا إذا امتنع المدعي من يمين الرد وطلب حبس المدعى عليه حتى يحلف لم يكن له لأن الامتناع من جهته، وقال صاحب «الحاوي»: هذا خطأ لأن الحبس على الحقوق يكون بعد ثبوت استحقاقها ولم يثبت الحق بالشاهد.

فرع آخر

لو نكل المدعى عليه عن اليمين أولاً ثم ردت على المدعي فنكل فأقام شاهداً واحداً وأراد أن يحلف مع شاهده [١٢/١٤٦ب] بعد الحكم بنكوله عن يمين الرد هل يجوزذلك له؟ فيه قولان تفريعاً على القولين الأولين.

فرع آخر

إذ قلنا: يرد إلى المدعي في المسألة التي ذكرناها فيحلف ويستحق بيمينه لا بشاهد فإن امتنع خلي المدعى عليه بلا خلاف، ولو نكل عن اليمين مع الشاهد الواحد ثم شهد له آخر يقبل وتمت البينة بهما وحكم له.

فرع آخر

لو ادعى أن المدعي كذب الشاهدين حكم فيه بالشاهد واليمين، لأن تكذيب المدعي لبينته توجب سقوط حقه ولا توجب جرح شهوده وفي الجرح لا يقبل شاهد ويمين.

فرع آخر

قد ذكرنا كيف يحلف مع شاهد وقيل: يحلف إنما شهد به شاهده ثابت له إلى وقته ويستحقه، ومن أصحابنا من قال: يجوز سماع يمينه قبل شهادة شاهده وليس بشيء.

فرع آخر

إذا لم يحلف مع شاهده وعرض اليمين على المدعى عليه فنكل لا يحكم بمجرد نكوله وقال مالك: يحكم هنا بمجرد نكوله وإن كان لا يحكم بالنكول في غير هذا الموضع واحتج بأن نكوله مع شاهد المدعي بمنزلة يمين المدعي مع نكول المدعى عليه بل الشاهد أقوى من اليمين وهذا غلط؛ لأن الشاهد الواحد معنى يتقوى به جنبه المدعي فلا يحكم به في القسامة، ولأنه لو نكل المدعى عليه من اليمين فأقام المدعي شاهداً [١٢/١٤٧أ] واحداً لم

يثبت حقه فكذلك هنا.

مسألة[١]: قال: ولوأتى قوم بشاهد على أن لأبيهم على فلان حقاً وآن فلاناً قد أوصى لهم فمن حلف منهم شاهده استحق ورثه أو وصيته دون من لم يحلف، وإنما قال ذلك لأنه إذا ادعى ديناً فهو يدعي مالاً محضاً، وإن ادعى وصية فهو ما المقصود منه المال فحكم في الجميع بشاهد ويمين ثم ينظر فإن حلف جماعة المدعيين قضى بالحق لهم فإن كانوا ادعوا ديناً لمورثهم ثبت الدين ويقسم بينهم على قدر مواريثهم منه، وإن كانوا ادعوا وصية حكم بذلك وقسم بينهم بالسوية لأن الموصى لهم يتساوون في الوصية إلا أن يكون قد فَضَّل بعضهم فيها، وإن حلف بعضهم دون بعض فالذي حلف يحكم له بحقه، والذي لم يحلف يسقط حقه ولا يشارك الذي لم يحلف الحالف لأن الحق ثبت باليمين مع الشاهد فالحالف أثبت حق نفسه فحكم له به، والذي لم يحلف أسقط حق نفسه فلم يتعلق حكمه بحكم الآخر، كما لو كان بجماعة على رجل دين فطالب بعضهم بحقه وأبرأه الباقون منه فالطالب أخذ حقه ويسقط حق المبرىء كذلك هنا.

وقال ابن أبي أحمد في شرحه: اختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال يشارك الحالف [١٢/١٤٧ب] لأن الشافعي قال في كتاب «الصلح»: إذا ادعى إخوان داراً في يد رجل فقالا: ورثناها عن أبينا فأقرّ لأحدهما: بالنصف وأنكر الآخر شاركه الأخ الذي لم يقر له بالنصف الذي أخذه لأنه مقر بأن كل جزء يأخذه بينة وبين أخيه فكذلك هنا.

وقال عامة أصحابنا: لا يشاركه وهو الصحيح المشهور والفرق أن هذا لم يسقط حقه بامتناعه من اليمين فلهذا يشاركه وهنا سقط حقه بامتناعه من اليمين فلم يشاركه كما لو برأه، فإذا ثبت هذا قلنا: كل أن يحلف المدعى عليه ابتداءً وإن نكل فهل يرد على المدعي؟ قد ذكرناه وهكذا لو كانت الدعوى في غير كذاب وحلف أحد الاثنين مع شاهده ولم يحلف الآخر.

فرع

لو ادعي وصية وصى بها لميتهم وأقاموا بها شاهداً واحداً فإن ادعوا أن ميتهم قبلها قبل موته وحلفوا مع الشاهد قسم الوصية على قدر مواريثهم لأن ميتهم ملكها بقبوله، وإن كان ميتهم لم يقبلها وهم القابلون لها بعد موته ففيه قولان: **أحدهما**: يستحقون بالسوية بعد أيمانهم إذا قلنا: تملك الوصية بالقبول؛ لأن من حكم الوصية التساوي فيكون الموِرث عن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٧٨).

ميتهم حقه من القبول ويصيرون مالكين لها بالقبول من غير أن تدخل في ملك ميتهم فعلى هذا لو كان على أبيهم دين [١٢/١٤٨أ] لأن الأول أقام البينة لأبيه لا لنفسه فصح ذلك في الاثنين فإن كانت الدعوى في الوصية أو بالملك المطلق فلا بد للغائب إذا رجع من إقامة الشاهد مرة أخرى؛ لأن الأول أقام شاهده لنفسه لا لصاحبه إلا أن يكون وكيل الغائب فحينئذ صحت إقامته في حقها ولا حاجة إلى إعادة الشهادة، فإن قال قائل أليس قلتم في عبد أقام شاهداً واحداً بالعتق فحال بينه وبين سيده إلى أن يأتي بشاهد آخر في أحد القولين فينبغي أن يوقف هنا نصيب الغائب إلى أن يرجع إذا أقام أحد الاثنين شاهداً لأبيه؟ قلنا: يوقف قليلاً قدر ما يأتي بالشاهد في يومين أو ثلاثة فلا يعظم الخبر فيه وهنا ربما يعود بعد سنين فيعظم ويحتمل أيضاً ما قال صاحب «الإفصاح»: على ما ذكرنا، ولو أتى الحاضر بشاهدين وهو وكيل الغائب في الدعوىٰ وإقامة البينة تسلم نصف الدار إليه ويوقف النصف للغائب بعد ما يخرجه من يد المدعى عليه فإن جاء وطلب سلم إليه وإن لم يدع رد على المدعى عليه.

مسألة: قَالَ: وَلَيْسَ الغَرِيم ولا المُوْصَى لَهُ مِنْ معنى الوَرَثَةِ في شَيء[1].

الفصل

أرد به إذا مات رجل وخلف ديناً عليه وديناً له به شاهد واحد فالوارث إن حلف مع الشاهد حكم بالدين ويُقضى دين الميت منه وإن لم يحلف [١٢/١٤٨ب] فهل للغريم أن يحلف معه؟ فيه قولان وكذلك لو أراد أن يقضي دينه من غيره كان له ويلزم الوارث نفقته، وإن كان مما يحتاج إلى الإنفاق عليه فدل على الفرق بين الوارث والغريم وهذا مذهبه في الجديد، وقال في القديم: يحلف الغريم أو الموصى له إذا أنكل الوارث عن اليمين لما تعلق به حقهم وأنهم أولى به من الوارث وهذا لا يصح لأنه لا يستحق عينه فيؤدي إلى أن يستحق عند غيره بيمينه بخلاف الورثة لأنهم يستحقون عينه، ولأن الغريم إذا حلف ثم أبرأ الميت من الدين لم يرجع المال إلى الورثة بل يرجع إلى المدعى عليه فلو ثبت يمين الغريم الدين لكان بعد براءته للورثة وهكذا لو لم يقم الوَارث الشاهد فهل للغريم أو للوصي أن يتولى أمامه الشاهد والدعوى؟ فيه قولان، وهكذا يبنى الرد على القولين ويتفرع على هذا أنه إذا حلف واحد من الورثة فهل يقضي من الدين ما حلف عليه أم لا يبنى على يمين الغريم، فإن قلنا: إنه لا يحلف الغريم يبنى على القولين فإن قلنا: الورثة يشاركونه قضى منه جميع

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٨١).

الدين لأنه تركه وإن قلنا: أنه يختص به بني على أن بعض الورثة إذا أقر وجحد الباقون هل يلزمه جميع الدين، وإن قلنا :يحلف الغريم لم يلزم الوارث من الدين إلا بقدر حصته.

فرع

لو أوصى [١٢/١٤٩أ] الميت بعين قائمة في يد زيد لعمروٍ فأنكرها زيد ونكل عن اليمين فردت اليمين على الورثة، فإن حلفوا استحقت العين ودفعت إلى الموصى له، وإن نكلوا هل يحلف الموصي له، قيل قولان وقيل: له أن يحلف قولاً واحداً بخلاف الدين لأن الأعيان مخالفة للديون لسقوط حق الورثة من الأعيان وثبوته في الدين، لأن لهم قضاء الدين من عين التركة وليس لهم تبديل الوصية بغير العين.

مسألة: قال: ولو أَقَام شاهداً واحداً أنه سَرَق له متاعاً من حِرْزٍ يساوي ما تُقْطَع فيه اليد حلف مع شاهده واستحق ولا يقطع[1].

قد ذكرنا هذه المسألة في الشاهد والمرأتين ولا فرق بينهما، وقال الشافعي رضي الله عنه: هنا لأن الحد ليس بمال كرجل قال: امرأتي طالق أو عبدي حر إن كنت غصبت فلاناً هذا العبد فشهد عليه بغصبه شاهداً يحلف ويستحق المغصوب ولا يثبت عليه طلاق ولا عتاق لأن حكم الحنث غير حكم المال.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يثبت هنا بشاهد ويمين؟ فيه قولان وهذا غريب وقال في مسألة الغضب نص الشافعي على ما ذكرنا وقال ابن سريج للمسألة حالتان: أحداهما أن ثبت الغصب أولاً بشاهد ويمين ثم حلف هو [١٢/١٤٩ب] بطلاق زوجته طلقت امرأته لأنا حكمنا بثبوت الغصب، وإن حلف أولاً ثم ثبت الغصب بشاهد ويمين لا يقع الطلاق وهو صورة مسألة الشافعي، فإن قيل: أما قلتم إذا ادعى قتل عمد تثبت بشاهد ويمين الدية دون القود كما يثبت المال المسروق دون القطع؟! قلنا: الواجب في قتل العمد القود في أحد القولين والدية بدل عنه ولا يثبت البدل إلا إذا ثبت المبدل، وعلى القول الآخر موجبة أحد شيئين لا بعنيه فلا يتعين إلا بالإخبار أو بالتعذر، فأما البينة فلا يتعين وفي السرقة ينفرد وجوب الغرم على القطع فيجوز أن يثبت به الغرم دون القطع.

فرع

قال في «الأم»: إذا رمى سهماً إلى رجل فأصابه ثم نفذ عنه فأصاب آخر فقتله فالثاني

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٨٤).

خطأ ولا يثبت هذا الثاني بشاهد ويمين، قال: وفيه قول آخر لا يثبت لأنه لا يثبت الثاني إلا بعد ثبوت الأول الذي هو عمد والجناية واحدة، والأول أصح لأن الثانية خطأ محض والأول يوجب القصاص ولا يجوز ثبوته بشاهد ويمين إلا أن الشاهد يكون لوثاً فيه فيحلف معه خمسين يميناً، ثم هل يستحق بها القصاص قولان.

مسألة: قال: وَلَو أَقَام شاهداً على جَارِيَةٍ أَنَّها لَهُ وأَنَّ ابنها وُلِدَ مِنْه[1].

الفصل

صورة المسألة: [١٢/ ١٥٠أ] أن يكون في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أن الجارية كانت له، وأنه استولدها في ملكه وولدها منه وأقام على ذلك شاهداً وامرأتين، أو شاهداً وحلف معه فأما الأم يحكم بها لأن أم الولد في حكم المملوكة فإذا ادعاها كان بمنزلة الدعوى في الأمة القن، فإذا ثبت أنه يحكم بها فإنها تسلم إليه ويحكم بأنها أم ولده وتعتق بموته لأنه أقر بذلك، وأمّا الولد فهو يدعي أن نسبه ثابت منه وأنه حر فهل يحكم بذلك؟ فيه قولان منصوصان **أحدهما**: قاله في «الأم»، ونقله المزني لا يحكم به لأنه لا يدعي ملكاً وإنما يدعي نسباً وحرية وذلك لا يثبت به الشهادة.

والثاني: يحكم له بذلك لأنه نماء الأم فكان تابعاً لها فإن من ملك الأصل يحب أن يكون النماء له على طريق التبع قال المزني: هذا أشبه بقوله الذي لم يختلف في مسألة أخرى.

وهي قوله لو أقام شاهداً على عبد في يد رجل يسترقه أنه كان عبداً له فأعتقه ثم عصبه هذا بعد العتق حلف أخذه وكان مولىً له. قال المزني: فهو لا يأخذه مولاه على أنه يسترقه كما لا يأخذه ابنه على أنه يسترقه، فإذا أجازه في المولى لزمه في الابن.

والجواب أن أصحابنا اختلفوا في هذا فنهم من قال: هما سواء ففيهما قولان، ومن أصحابنا [١٢/ ١٥٠ب] من سلم وفرق بأن هناك يدعي ملك العبد وأنه تصرف فيه بالعتق والتصرف في الملك لا يثبت إلا بعد ثبوت الملك، فإذا أثبتنا ملكه بالشاهد أعتقناه بإقراره كما إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبداً فردت شهادتهما فاشترياه منه عتق عليهما بإقرارها المتقدم، وأما الابن فإنه يخالف في ذلك لأنه لا يدعي ملكه بحال وإنما يدعي أنه خلق حراً أو أنه ابنه والحرية والنسب لا يثبتان بالشاهد واليمين، قال أبو إسحاق: والفرق

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٨٥).

بينهما أوضح من تخريجهما على القولين.

قال القفال: وعلى هذا لو قال: استولدتها بالنكاح وهي ملك، ثم اشتريتها وولدها منك فيعتق الولد عليّ أو وهبتها لي ونحو ذلك قبلنا شاهداً ويميناً ويثبت العتق بإقراره كمسألة العتق سواء، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا لا يعتق الولد ولكن هل يثبت النسب بإقرار المدعي؟ فيه قولان قال في «كتاب الدعاوى» لا يثبت وقال في التقاط المنبوذ يثبت وهذا ليس بشيء.

مسألة: قال: ولو أَقَام شاهداً أن أباه تَصَدَّق بهذه الدار صَدَقَة مُحَرمة[1].

الفصل

في هذه المسألة فصول كثيرة، وجملتها أن الشافعي رضي الله هنا نص على أن الوقف يثبت [١٢/ ١٥١أ] بالشاهد واليمين، واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال على القول الذي يقول الرقبة تنتقل إلى الموقوف عليه فأما إذا قلنا: الرقبة لله تعالى فلا يثبت بشاهد ويمين، وعلى هذا عامة أصحابنا وقال ابن سريج: يثبت به على القولين جميعاً، والفرق بين العتق والوقف أن القصد من العتق كمال أحكامه في الشهادات والعبادات والكفارات والحدود وليس كذلك الوقف؛ لأن القصد منه تمليك العلة والمنفعة لا مقصود له غيره، وهذا مال فجاز أن يثبت بالشاهد واليمين، فإذا تقرر هذا نقول: اختلف أصحابنا في صورة المسألة التي نقلها المزني.

فقال أبو إسحاق وابن سريج وجماعة: صورتها أن يموت رجل ويخلف ثلاثة بنين وزوجة وأبوين فادعى الأولاد الثلاثة أن داراً أو ضيعة من جملة تركة أبيهم وقف عليهم وقفها أبوهم دون سائر الورثة وأقاموا على ذلك شاهداً واحداً، فأما إذا كانت الدار في يد أجنبي يتصرف فيها فقالوا: هذه الدار وقف علينا وقفها أبوك وهي في يدك بغصب لا يحكم لهم بها بالشاهد واليمين، وهذا مثل ما حكى المزني عن الشافعي أنه قال في رجل يدعي على رجل عبداً في يده أنه أعتقه وأن له عليه ولاءً وأقام على ذلك شاهداً وحلف معه وحكم له قولاً واحداً لأنه يثبت به الملك، فإذا ملكه صار حراً [١٢/ ١٥١ب] بإقراره فكذلك هنا يحكم له به ويصير وقفاً بإقرارهم، ومن أصحابنا من قال: هو اختيار ابن أبي هريرة صورة هذه المسألة أن يدعي الأولاد الثلاثة على رجل مات أبوه وخلف من جملة التركة داراً أو ضيعة فيقولون: إن هذه الدار وقف علينا وقفها علينا وأقاموا شاهداً واحداً فمن قال هذا قال

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٨٧).

الذي يدل على أن مراد الشافعي هذا دليلان: **أحدهما**: أن الشافعي قال فمن حلف منهم مع شاهده حكم له وصار ما بقي ميراثاً بينهم وإذا كانت الدار في أيدي الأولاد الثلاثة فمن لم يحلف لا يصير الباقي بينهم ميراثاً ولكن يجعل نصيب كل واحد منهم وقفاً بإقراره وإقرار جميع الورثة بالوقفية صار كلها وقفاً بإقرارهم ولا يحتاج إلى الشهادة.

والثاني: أنه قال: وإن حلفوا معاً خرجت الدار من ملك صاحبها والظاهر من هذا أنه المدعي دون المدعى عليه، فإن المدعى عليه لم يجز له ذكر والباقي، فإن أبى أخواه أن يحلفا فنصيبه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيبه على ما تصدق به أبوه عليه بعده وبعد أخويه وهذا نص على قول أبي إسحاق.

فأما قول الشافعي رضي الله عنه وكان ما بقي ميراثاً فصحيح فإنا نقسم بين جميع الورثة على فرائض الله تعالى فإن كانت للميت وصايا أو كانت عليه ديون [١٢/ ١٥٢أ] قضاها ونفذنا الوصايا، وإن لم يكن قسمناه بينهم ثم نجعل نصيب كل واحد ممن ادعى أنه وقف ونكل عن اليمين وقفاً بإقراره ونصيب من لم يدع أنه وقف طلق في يده وهذا كما نقول فيمن شهد على رجل أنه أعتق عبده فردت شهادته فاشتراه منه ملكه بالشراء وعتق عليه بإقراره الأول فقد صار الكل ميراثاً من نصيب من لم يدع الوقف وهو من عدا الأولاد.

وأما قوله: أخرجت الدار من ملك صاحبها إلى من جعلت له... بعقد الوقف فلم يكن فيه دليل على ما قاله، فإذا ثبت أن صورة المسألة ما ذكرناه، وادعى الأولاد الثلاثة أن الدار وقف عليهم فإذا انقرضوا فعلى أولادهم أو على المساكين وأقاموا شاهداً واحداً فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن يخلفوا، وإما أن يتكلموا، وإما أن يحلف بعضهم وينكل بعضهم، فإن حلفوا صارت الدار وقفاً عليهم تكون منفعتها بينهم أثلاثاً، فإن ماتوا لم يخل من أحد أمرين: إما أن يموتوا دفعة واحدة، أو يموت بعضهم دون بعض، فإن ماتوا دفعة واحدة انتقل الوقف إلى البطن الثاني، والمذهب أنهم لا يحتاجون إلى اليمين لأن الشافعي قال: فإن جاء بعدهم أحد قام مقام الوارث أي ولد الوالد قام مقام والده، وقد ثبت أن الوارث لا يحتاج إلى اليمين فما ثبت لمورثه [١٢/ ١٥٢ب] بالشاهد واليمين وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة، ومن أصحابنا من قال: وهو اختيار ابن سريج يحلفون ولا يستحقون الأيمان، لأن البطن الثاني يأخذون الوقف عن الواقف كما يأخذ البطن الأول، ولا فرق بينهما لأن البطن الثاني إذا كان مع البطن الأول في الوقف سواء لم يستحقوا إلا مع الأيمان، فكذلك إذا كانوا وحدهم وهذا غلط؛ لأنهم وإن تلقوه من جهة الواقف إلا أن بينهم وبينهم واسطة أثبتوه وقفاً

فلا تحتاج إلى إثبات آخر. وقال القفال: فيه قولان مبنيان على أنهم يتلقون الوقف عن آبائهم أو عن الواقف، فإن قلنا عن الواقف يلزمهم اليمين، وإن قلنا عن آبائهم فلا يمين عليهم وفي هذا نظر ولا يصح عندي.

وأما قول ذلك القائل أنهم إذا كانوا في درجة البطن الأول قلنا: الفرق أنهم إذا كانوا مع البطن الأول فليس بينهم وبين الواقف واسطة بل كل واحد منهم أصل بنفسه وليس كذلك هنا على ما ذكرنا، وكذلك الكلام في البطن الثاني إلى أن ينتهي إلى الفقراء والمساكين، فإذا انتهى إليهم فإن قلنا بالمذهب الصحيح يأخذون من غير يمين فالفقراء بذلك أولى، وإن قلنا بقول بعض أصحابنا أن البطن الثاني لا يستحقون إلا بيمين فالفقراء لا يمكن إحلافهم لأنهم غير محصورين فكيف يكون حكم الوقف [١٢/ ١٥٣أ] فيه ثلاثة أوجه: **أحدهما**: يبطل ويعود ملكاً مطلقاً لورثة الواقف وهذا اختيار ابن سريج ومن مذهبه أن الوقف المقدر بمدة يجوز، وإن كان الشافعي رضي الله عنه: لا يجوزه ووجه هذا القول أن الفقراء لا يتعينون فيه فلا يمكن إحلاف المستحق، وإذا لم يحلفوا لا يثبت كما لو امتنع البطن الثاني من اليمين.

والثاني: يرجع الواقف إلى أقرب الناس بالواقف كما لو عدم الفقراء فهو كالوقف المنقطع.

والثالث: يرجع إلى الفقراء من غير يمين الضرورة الداعية إلى ترك اليمين ولا يمكن إبطال الوقف بعد صحته يتعذر لا من جهة الموقوف عليه، وإن مات بعضهم واحداً بعد واحد عاد نصيبه إلى إخوته وإن كان الواقف أطلق الشرط ففيه وجهان:

أحدهما: إلى من في درجته، **والثاني**: يستحقه المساكين حتى ينقرض جميعهم ثم يستحقه البطن الثاني، فإذا قلنا: يعود إلى الباقين من الثلاثة فهل يحلفان.

قال بعض أصحابنا: المذهب أنهما لا يحلفان، ومن أصحابنا من قال يحلفان على ما ذكرنا في البطن الثاني وهذه الطريقة اختيار القاضي الطبري، ومن أصحابنا من قال وهو اختيار القاضي أبي حامد إن قلنا: البطن الثاني لا يحلفون فهناك أولى أن لا يحلفوا، وإن قلنا: هناك يحلفون فهنا وجهان والفرق أن البطن الثاني لم يكن من أهل الوقف [١٢/ ١٥٣ب] ولم يحلفوا على إثباته فلا ينتقل إليهم إلا بعد اليمين وهما الأخوان حلفا وصارا من أهل الوقف باليمين فلا يحتاجان إلى اليمين مرة أخرى هذا إذا حلف الجميع، فإن حلف أحد الأولاد ونكل الآخران فإن ثلث الدار تكون وقفاً على الحالف بيمينه مع الشاهد ويكون الثلثان بين سائر الورثة ثم يجعل حق الاثنين وقفاً بإقرارهما، ولا يدخل الحالف معهم في

قيمة الثلثين لأن يقر بأنها وقف على أخويه لا يجوز لأحد تملكها، فإن مات هذا الحالف فلا يخلو إما أن يموت قبل موت الأخوين أو بعده، فإن مات بعد موت الأخوين انتقل حقه من الوقف إلى البطن الثاني، وهل تحتاجون إلى اليمين؟ فعلى ما ذكرنا، وإن مات قبل الأخوين فالذي نص عليه الشافعي أن الثلث الذي حكمنا بوقفه يرجع إلى البطن الثاني وهو الصحيح وأومأ إليه في «الأم» لأن الولدين أسقطا حقهما من الوقف بالنكول فصارا كالمعدومين ووجودهما وعدمهما سواء ومن أصحابنا من قال: يرجع إلى الأخوين لأنه لا يمكن نقله إلى ولد الولد لعدم شرط النقل وهو انقراض الولد فكان أخواه أحق به، وهل يحتاج إلى اليمين؟.

وجهان فإن قيل: الأخوان أبطلا حقهما وتركاه بالنكول فكيف يرجع إليهما؟ قيل: لم ينكراه ولكنهما عجزا عن إقامة البينة كما في الديون يحلف [١٢/ ١٥٤أ] بعض الورثة ثم ينكل البعض ثم يموت الحالف فيرثه الناكل، وقيل: هذا تخريج من القولين فيمن وقف على زيد ثم من بعده على عمرو فلم يقبل زيد فيه قولان: **أحدهما**: يبطل عن عمرو أيضاً، **والثاني**: لا يبطل ويصرف إلى أقرب الناس بالواقف إلى أن يموت زيد ثم يصرف على عمرو، ومن أصحابنا من قال يرجع نصيب الحالف إلى أقرب الناس بالواقف ما دام الأخوان حيين، فإذا ماتا صرف إلى البطن الثاني لأنه لا يمكن نقله إلى الأخوين لأنهما أسقطا حقهما بالنكول ولا يمكن نقله إلى ولد الولد لأن شرط النقل لم يوجد فكان أهل الواقف أحق به وهل يستوي فيه الأغنياء والفقراء أو يختص به الفقراء؟ قولان قال هذا القائل: وهذا لأن الشافعي رضي الله عنه قال هنا: ثم نصيبه من تصدق به أبوه عليه بعده وبعد أخويه ولم ينتقل في الحال، ومن قال بالأول، قال معناه: أن أباه هكذا ذكر في وقفه أن الشافعي جعل هذا من جوابه في الفتوى فيدفع في الحال إلى ولد الولد.

وإن مات الأخوان الناكلان لا يخلو موتهما من أحد أمرين، إما أن يموتا قبل موت الأخ الحالف أو بعده فإن كان قبله فإن نصيبهما الذي حكم بكونه وقفاً بإقرارهما يكون للولد الحالف لأنهما أقرا أنه من أهل الوقف، وقد حلف عليه، ولا يمكن صرفه إلى ولد الولد لأن شرط الانتقال [١٢/ ١٥٤ب] لم يوجد ثم إذا انقرض الولد ينتقل إلى ولد الولد لوجود شرط النقل، وإن كان موتهما بعد موت الحالف فقال الأولاد: نحن نحلف على ما أتى عليه آباءنا قال الشافعي رضي الله عنه فيه قولان:

أحدهما: ليس لهم لأن الولد أصل وولد الولد تبع لهم، فإذا لم يثبت الوقف للأصل لم يثبت للتابع، **والثاني**: لهم ذلك لأنهم يأخذون من الواقف الوقف كالولد فلما كان للولد الحلف فكذلك لولد الولد، وقد قال الشافعي هذا أصح القولين وبه أقول، فقال بعض

أصحابنا: إذا اختار الشافعي هذا القول فوجب أن يسقط القول الآخر، فإن قيل قد قلتم البطن الأول إذا حلف وثبت الوقف لا يحتاج البطن الثاني إلى اليمين فكذلك إذا بطل في البطن الأول وجب أن يبطل في البطن الثاني، وإذا لم يثبت في البطن الأول لا يجوز أن يثبت في البطن الثاني إلى اليمين، فكذلك إذا بطل في البطن الأول يقتضي ثبوته على ما شرطه الواقف.

ومن شرطه تأبيده وانتقاله من بطن إلى البطن الذي بعده وليس كذلك إذا لم يثبت لامتناعهم من اليمين، فإنه لا يثبت في حقهم لنكول من جهتهم يختصون به فلم يكن هذا متعدياً إلى من بعدهم، واختلف أصحابنا في هذين القولين على أي أصل ينبني فمنهم من قال أصلهما أن الوقف إذا كان منقطع الابتداء معلوم الانتهاء هل يصح؟ قولان فإن قلنا: يصح [١٢/ ١٥٥أ] كان يولد الولد أن يحلفوا لأن الوقف هنا قد انقطع في الابتداء على الولد وذلك لا يؤثر في إبطاله على هذا القول، وإذا قلنا الوقف باطل لم يكن لهم أن يحلفوا لأن الوقف قد بطل بانقطاعه في حق الولد فلم يكن لولد الولد أن يحلفوا عليه، ومنهم من قال هذان القولان أصل بأنفسهما إلا أنهما مبنيان لأن مسألة القولين إذا كان أصله باطلاً في الابتداء وهذا الوقف ليس باطل في الابتداء بل هو صحيح، ألا ترى أن الولد لو حلف عليه صح ذلك فلا يمكن بناء هذه المسألة على ذلك.

وقال القفال: هذان القولان مبنيان على ما ذكرنا في كيفية التلقي، فإن قلنا: يتلقى أولاد الولد عن آبائهم لم يكن لهم أن يحلفوا لأن الأب قد أبطل الحق بالنكول، وإن قلنا بالقول الأخير يحلفون، ولفظ تعليله لهذا القول مشكل وهو قوله من قبل إنهم إنما يملكون إذا حلفوا بعد ثبوت الذي جعل له ملكاً إذا مات وإنما يصح هذا الكلام بتقديم وتأخير وزيادة وإيجاز، وتقديره مع الإضمار كأنه قال من قبل إنهم إذا حلفوا بعد موت الذي جعل له ملك يعني الناكل إنما يملكون إذا مات الناكل عن الواقف فمعنى الكلام أنهم يتلقون الملك عن الواقف لا عن الناكل. فإذا استقر القولان فيها إما بناء وإما أصلاً اختلف أصحابنا في موضع القولين على وجهين قال [١٢/ ١٥٥ب] أبو إسحاق إن كان البطن الأول باقين لم يكن للبطن الثاني أن يحلفوا قولاً واحداً فإن انقرضوا فحينئذٍ قولان، وقال ابن أبي هريرة بالعكس وهو أنه إذا انقرض البطن الأول كان للبطن الثاني أن يحلفوا قولاً واحداً، وإن كانوا باقين فهل يحلفون؟ فيه قولان والطريق الأولى أشبه بالصواب لأن ترتيب البطون يمنع من استحقاق الثاني مع بقاء الأول.

وإن نكل الجميع من اليمين مع شاهدهم تكون الدار بعد إحلاف بقية الورثة تركة في الظاهر فإن كان على الميت ديون يستوعبها قضيت من ثمنها وبطل الوقف، وإن لم تكن

ديون وكانت وصايا أمضى من وصاياه ما احتمل الثلث، وإن لم يكن ذلك كانت ميراثاً بين كل الورثة ويملك هؤلاء الأخوة الثلاثة ميراثهم منها وتصير وقفاً بإقرارهم، فإذا انقرضوا انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين، وكذلك من بعدهم من البطون وبقية الدار ملك مطلق لبقية الورثة، فإن مات الباقون من الورثة وعاد نصيبهم إلى الأخوة فادعوا وقف بقيتها عليهم بعد انبرام الحكم مع من تقدمهم فإن ادعوا علهم بوقفيتها صحت الدعوى عليهم لأنهم لو اعترفوا بوقفها صار وقفاً، وإن لم يدعوا علمهم لم تصح الدعوى عليهم لأن انبرام الحكم مع تقدمهم أسقط دعواهم. ولو أراد البطن الثاني [١٢/١٥٦أ] أن يحلفوا عند نكول البطن الأول فيه قولان على ما ذكرنا. ولو كانت الإخوة الثلاثة عند ادعاء الوقف ورثة الواقف ولا يشركهم غيرهم صار وقفاً بإقرارهم على ما ذكرنا، وانتقل الوقف عنهم إلى البطن الثاني وما يليه بغير يمين، فإن كان على الواقف دين يحيط بالتركة، فإن قضوه من مالهم خلص الوقف، وإن لم يقضوه فلا بد من البينة، ونظر فإن كان الوقف في المرض بطل لأنه وصيته تبطل باستقرار الديون وإن كان في الصحة سمعت بينتهم، وثبت بالشاهد واليمين، وإن عدمت البينة حلف أرباب الديون وصرف في ديونهم، فإن نكلوا ردت على الورثة، فإن حلفوا ثبت الوقف، وإن نكلوا صرف في أرباب الديون.

وأما تصوير المسألة على الوجه الثاني فإن صدقهم وارث الأجنبي فالدار وقف عليهم كما ادعوا وتنتقل عنه إلى البطن الثاني بلا يمين، فإن أكذبهم الوارث وأقاموا شاهداً حلفوا معه والحكم كما ذكرنا في الصورة الأولى إلا في حكم واحد وهو أنهم إذا نكلوا عن اليمين مع شاهدهم صار جميعها ملكاً مطلقاً للوارث، ولوكانت من أبيهم بقدر مواريثهم منها وقف عليهم بإقرارهم.

مسألة[1]: قال الشافعي رضي الله عنه: وعلى أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا [١٢/١٥٦ب] إلا بيمينه لأنهم في الوقف مقرون على الواقف وفي غير الوقف مقرون على أنفسهم ولأن في الوقف حقاً للبطن الثاني فلم ينفذ إقراره عليهم وليس في الملك حقاً لغيرهم، وعلى هذا لو حدث خامس وقف له خمس الوقف على يمينه بعد البلوغ استحق الرابع الربع قبل حدوث الخامس، واستحق الخمس بعد حدوثه، واستحق الخامس الخمس لا غير، وإن نكلا رد الموقوف على الإخوة الثلاثة.

وإن حلف أحدهم ونكل الآخر سقط حق الناكل وقضي للحالف بما حلف، ولو مات

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/٩٤).

الحالف الموقوف سهمه قبل بلوغه أو إفاقته تقوم ورثته مقامه فيحلفون ويستحقون، أو ينكلون فيرد على أهل الوقف، ثم وارث هذا الميت إن كان عمومته الثلاثة الذين حلفوا فهل يلزمهم في ميراث سهمه يميناً أخرى؟ فيه وجهان ذكرناهما في الوقف المرتب.

وإن كان ورثة الميت ممن لا مدخل لهم في الوقف كالزوجة والأم والجدة والإخوة والأخوات للأم فلا حق لهم في سهم الموقوف إلا بعد أيمانهم لأن الميت ما كان يستحق إلا بيمينه، فإن حلفوا استحقوا كل الموقوف، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم استحق الحالف منهم قدر نصيبه ورد نصيب من لم يحلف على الإخوة الثلاثة.

وإن كان وارثه ممن يدخل في الوقف كموت المجنون عن ولد فيوقف ما ورثه [١٢/ ١٥٧أ] من سهم أبيه على يمينه بعد بلوغه فيصير الموقوف له سهمين، سهم أبيه وسهم نفسه، فإذا أبلغ ففي يمينه وجهان:

أحدهما: يحلف يميناً واحدة على استحقاقه لسهم نفسه فيستحق بها سهم أبيه وسهم نفسه إذ أن عمومته لو ورثوه لم يحلفوا، فإن حلف على استحقاقه سهم أبيه استحقه ولم يستحق سهم نفسه لأنه قد يستحق سهم أبيه من ليس من أهل الوقف، والثاني يحلف يمينين يستحق بأحدهما: سهم أبيه، ويستحق بالأخرى سهم نفسه إذا قلنا أن عمومته لو ورثوه حلفوا، وإذا كان كذلك فله أربعة أحوال: **أحدهما**: أن يحلف يمينين يستحق بهما السهمين، **والثاني**: ينكل عن اليمينين ولا يستحق السهمين، **والثالث**: أن يحلف على سهم أبيه دون سهم نفسه فيستحق سهم أبيه ولا يستحق سهم نفسه ويخرج أن يكون من أهل أبيه ويرد على الإخوة الثلاثة.

واعلم أن معنى قوله هذا إذا حدث لواحد منهم ولد دخل النقص على جميعهم إما نأخذ الربع من كري الوقف ونجعله موقوفاً حتى يبلغ هذا، وإن نكل هذا الذي يبلغ عن اليمين أبطلنا حقه، وهو معنى قوله: أو يدع فيبطل حقه، فإذا بطل حقه أخذنا الكري الموقوف في هذه المدة الماضية فقسمناه على هؤلاء الثلاثة الحالفين الذين انقصنا حقوقهم في هذه المدة بسبب الولد بالسوية [١٢/ ١٥٧ب] وهذا معنى قوله ويرد كرى ما وقف من حقه على الذين انتقصوا من أجله حقوقهم وإنما قسمنا هذا المردود بالسوية لأنهم يستحقون أصل الوقف بالسوية. ولو أنَّ واحداً من الإخوة الثلاثة الذين نقضنا حقوقهم مات والمولود ابن سبع سنين لم يبلغ بعد وقفنا للمولود من هذا الوقف ثلث الكرا إلىٰ أوان بلوغه لأنه ثالثهم وإلىٰ الأن كان ربع الكرا لأنه كان رابعهم ثم هذا المولود لو بلغ ولم يحلف وجب قسمة الثلث الموقوف بعد موت أحد الإخوة مقسوماً على الأخوين الباقين لا نصيب لوارث

الميت فيه إذا لم يكن ورثته من أولاده، وأما الربع الذي كان موقوفاً قبل موت الميت فإنه يقسم على ثلاثة اسهم سهمان لهذين الأخوين، وسهم لورثة الأخ الميت لأنه كان منقوصاً من نصيب الثلاثة جميعاً. وقد اختصر المزني بيان القسمة غاية الاختصار حتى قرب من الاختلال فقال: فإن مات من المنقوص حقوقهم أحد في نصف عمر الذي وقف له أن يبلغ رد حصة الموقوف على من معه من الحبس يعني رد الثلث الموقوف على الآخرين، ثم قال: واعطي ورثة الميت منهم بقدر ما استحق يعني من الربع الموقوف قبل موته فما رد على الميت بقدر رد حصته رد على ورثته، ولم يذكر المزني هنا نكول المولود بعد بلوغه لأنه عطف هذه الجملة على نكوله في سابق كلامه [١٢/١٥٨أ] حين قال فيحلف ويأخذ أو يدع فيبطل حقه فمع هذا البيان لا يبقى الإشكال في شرح الألفاظ التي ذكر في الكتاب ومعنى قوله في نصف عمر الذي... إلى أن يبلغ أراد به إذا مات أحد البنين الثلاثة بعد مضي سبع سنين ونصف سنة على المولود لأن البلوغ يحصل باستكمال خمس عشرة سنة. فإذا تقرر هذا نقول: سأل المزني سؤالين: **أحدهما**: قال: لا يجوز أن يقضي في الوقف بالشاهد واليمين كما لا يجوز ذلك في العتق، وعلق على هذا الفصل حكماً آخر وهو أن الوقف غير مملوك الرقبة وهذا أحد القولين قلنا له: إنك عرفت للشافعي قولاً مشهوراً في رقبة الوقف أنها ملك للموقوف عليه فكيف نسيت هذا القول، ولا إشكال على هذا القول أنه يثبت بشاهد ويمين، وإن قلنا بالقول الآخر فالصحيح ما ذكرنا من الفرق بين العتق والوقف وهو أن المقصود بالوقف تملك منافعه التي هي أموال بخلاف العتق. والسؤال الثاني قال: إذا كان الوقف مشتركاً بين البطن الأول والثاني فولد لواحد منهم ولد وقف له الربع فلما بلغ نكل عن اليمين وجب أن لا يرد نصيبه عليهم لأنهم يقرون بأنه له دونهم لا حق لهم فيه وينبغي أن يبقى موقوفاً حتى يحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه لأنه حرام على الأخوة بإقرارهم وهذا سؤال جيد [١٢/١٥٨ب] وإنما أورده الشافعي رضي الله عنه على وجه المعارضة دون الإنكار عليهم، والثاني يحلفه على العلم دون القطع فيحلف بالله... ولا يعلم أنه آبق لأنه غاية ما يقدر عليه. قال محمد... الناس من هذا بداً غير أن الزهري أنكرها يحتمل أنه قال لا... الناس من اليمين على البراءة من الإباق بداً فقال الشافعي ولا بد من هذا الذي نحن فيه أيضاً ويحتمل أن محمداً قال لا يجد الناس من اليمين والشاهد بداً غير أن الزهر أنكر ذلك فعارضه الشافعي فقال: قضى بهذا الزهري حين ولي القضاء، ثم قال بإنكاره لا يرد الخبر لأن علياً وزيداً وابن عمر رضي الله عنهم أنكروا وأخبر بروع بنت واشق حين رواه معقل بن يسار ثم لم يردوا الخبر بإنكارهم ثم يحتمل أن الزهري أنكره في الجراح لا في الأموال، ثم قال الشافعي: وقلت له: وكيف حكمت بشهادة المرأة الواحدة في الاستهلال

مما يطلع عليه الرجال ثم أنكرت الحكم بشاهد ويمين فإن قلت: الحكم بالشاهد واليمين زيادة في النص فشهادة القابلة كذلك ثم قال: أم كيف حكمت على. . . في القسامة وعلى عواقلهم بدية الموجود قتيلاً في محلتهم وزعمت أن القرآن يحرم أن يجوز أقل من شاهدين أو شاهد وامرأتين، وزعمت أن رسول الله ﷺ جعل اليمين برأة [١٢/ ١٥٩أ] من حلف، وأما إفادتهم اليمين في القسامة فخالفت في جملة قولك الكتاب والسنة وكما جاز أن يثبت الحق مع اليمين هناك جاز لنا نظير ذلك هنا. ثم ناظر في القسامة فقال: أرأيت لو قال لك أهل المحلة: أتدعي علينا فأخذت جميعنا وأبرئنا قال لا أحلفهم إذا جاوزوا خمسين رجلاً ولكن أحلف منهم خمسين ولا أبرئهم بإيمانهم وأغرمهم قلت: فكيف جاز لك هذا وما فائدة أيمانهم. القود لا يجري عندك في القسامة والمال لا يندفع عنهم بالإيمان فلا فائدة في هذا الإيمان قال: روينا ذلك عن عمر رضي الله عنه يعنون بذلك أنهم قالوا لعمر رضي الله عنه: ما وقت أموالنا أيمانا ولا أيماننا أموالنا قلت: فإن كان ذلك لا يجوز على عمر رضي الله عنه أن يخالف الكتاب والسنة وقول عمر ففيه البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه قال: لا يجوز أن أتهم من أثق به من الرواة الذين رووا هذا الحديث عن عمر رضي الله عنه ولكن أقول بالكتاب والسنة علي عمر بهما، وقول عمر رضي الله عنه خاص فخصص الكتاب والسنة مذهب أبي حنيفة وقولنا القديم جواز تخصيص الكتاب والسنة بقول الصحابي: قلت: فلم يجز لنا من سنة رسول الله ﷺ [١٢/ ١٥٩ب] ما أجزت لنفسك من قول عمر يعني إذا جوزت تخصيص الكتاب والسنة بقول الصحابي فلِمَ لا يجوز ذلك بما روينا عن رسول الله ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد» ثم قال: لكن قد رويتم هذا الحديث عن عمر رضي الله عنه أنه كتب في القسامة فجلبهم إلى مكة من مسيرة اثنين وعشرين يوماً وأحلفهم في الحجر وقضى عليهم بالدية فقالوا: ما وقت إيماننا أموالنا ولا أموالنا إيماننا فقال: حفنتم بإيمانكم دمائكم فخالفتم في ذلك عمر لأنكم لا ترون تغليط اليمين بالمكان ولا أنه يستدعى الخصم من مسيره اثنين وعشرين يوما[1]. وروي عن عمر رضي الله عنه أنه بدأ في القسامة بالمدعى عليهم ثم ردها المدعى عليهم على المدعين[2]، وأنتم لا ترون الزد فلا أنتم أخذتم بكل قول عمر ولا تركتموه، وقد دل قول عمر على صورة مسألتهم كيف كانت حيث قال: حقنت إيمانكم دمائكم وصورتها أن المدعي إدعى عليهم قتل العمد وكانوا معترفين بقتل الخطأ فحلفوا أنهم كانوا غير عامدين فحقفوا بأيمانهم دمائهم ولزمتهم الدية

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٢٦٠).

بإقرارهم ونحن نروي بالإسناد الصحيح «عن النبي ﷺ أنه بدأ في القسامة بالمدعيين فلما لم يحلفوا قال: تبرئكم يهود [١٢/ ١٦٠أ] بخمسين يميناً»[1] أو قال تبرئكم يهود فلا يكون عليهم غرم. ثم قال: وقد أجزتم شهادة أهل الذمة وهم غير الدين شرط الله تعالى أن تجوز شهادتهم، وقد قال أيضاً من رجالكم والكفار لبسوا من رجالنا ورددت سنة رسول الله ﷺ في اليمين مع الشاهد وهذا معارضة قال: فأنا أجيز شهادة أهل الذمة بالكتاب قال الله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: الآية ١٠٦] يعني من المشركين قلت: سمعت من أرضي من أهل العلم يقول من غيركم أي: من غير قبيلتكم من المسلمين ويحتج بقوله تعالى: تحسبونهما من بعد الصلاة والكافر لا يعظم وقت صلاتنا قلت: والمنزل فيه هذه الآية رجل من العرب وهو في شهادة مشركي العرب وأهل الأوثان فأجر شهادة مشركي العرب بعضهم على بعض قال: لا أجيز إلا شهادة أهل الكتاب قلت: فإن قال لك قائل: لا أجيز إلا شهادة مشركي العرب فما الفرق قلت له: أتجيز اليوم شهادة أهل الكتاب على وصية مسلم كما زعمت أنها في القرآن قال: لا لأنها منسوخة قلت: بماذا قال: بقوله تعالى: ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلَاق: الآية ٢]. قلت: فقد زعمت بلسانك أنك خالفت القرآن إذ لم يجز الله تعالى إلا مسلماً وأجزت كافراً واعترفت بأن تلك الآية منسوخة فكيف يجوز [١٢/ ١٦٠ب] في المال إلا أن يكثر، فأما إذا كان العبد يحلف ابتداء وردت اليمين عليه فإنه يغلظ ولا تعتبر القيمة لأن العتق يثبت بيمينه لا المال، وإنما عممنا ما ليس بمال هذا الحكم لإرتفاع درجته... المال وكذلك يغلظ في دعوى الولادة والرضاع لقوة الأمر فيه حتى قبلنا فيه أربعة نسوة ولا يقبل ذلك في المال وليس ذلك لضعفه بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً فجوزنا شهادتهن بالانفراد للضرورة، وقال في «الحاوي»: اختلف أصحابنا في علة التغليظ بعشرين ديناراً فقال بعضهم: لأنها نصاب في الزكاة ليكون المقدار معتبراً بأصل مشروع فعلى هذا في الدراهم تغليط بمائتي درهم وفي الغنم بأربعين شاة وفي البقر بثلاثين بقرة وفق الحبوب في خمسة أوسق، وفي الإبل في خمس من الإبل وإن لم يبلغ عشرين ديناراً، والثاني أنه قدر بالعشرين لأنه أصل عن توقيف أو اجتهاد لا يعتبر بغير مصلحة هذا في الدراهم والمواشي لا يغلظ إلا أن يكون قيمتها عشرين ديناراً من غالب دنانير البلد الخالصة من الغش. وقال ابن جرير: تغلظ اليمين في كل قليل وكثير كالبينة تغلظ بالعدد في القليل والكثير، فإذا تقرر هذا نقول إن كان بمكة حلف بين البيت والمقام وإن كان بالمدينة [١٢/

---

(١) أخرجه مسلم في القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب في القسامة (١٦٦٩)، والترمذي في الديات عن رسول الله، باب ما جاء في القسامة (١٤٢٢)، والنسائي في القسامة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل (٤٧١٢)، وأبو داود في الديات، باب القتل بالقسامة (٤٥٢٠).

١٦١أ] فعلى منبر رسول الله ﷺ وإن كان في بيت المقدس فعند صخرة، وإن كان في سائر البقاع ففي الجوامع التي هي أشرف البقاع وعند المنبر وغيره فيها سواء، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا معنى لتغليظ الأيمان بالمكان ولا يجب ذلك واحتج الشافعي رضي الله عنه بأن هذا قول حكام المكيين ومفتيهم ومن جهتهم أن مسلم بن خالد أخبرني عن ابن جريج عن عكرمة بن عبد الرحمن بن عوف رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت فقال: أعلى دم قالوا: لا قال: أفعلى عظيم من المال قالوا: لا قال: خشيت أن يبها الناس بهذا المقام وروي بهذا البيت، وقال الإمام الجويني: في سماعنا أن يتباها الناس بهذا المكان، وروي يتيها الناس بهذا المقام والمعنى واحد أي يتهاون الناس ويستخفوا به يقال بهات بالشيء فأنا أبها به فإذا انسبت به حتى ذهبت هيبته من القلوب في كل شيء آنس به الإنسان فإن هيبته تنقص من القلب. وكتب ميمون بن مهران إلى بولس بن عبيد أن الناس قد بهوا بكتاب الله تعالى واستحبوا أحاديث الرجال. ثم قال الشافعي: فذهبوا إلى أن العظيم من الأموال ما وصفت من عشرن ديناراً فصاعداً وهذا ذكره رداً على مالك حيث قال: يغلظ فيما تقطع فيه اليد ثلاثه دراهم. [١٢/ ١٦١ب] وأيضاً روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحلف أحد على يمين آثمة عند منبري هذا ولو على سواك أخضر إلا تبؤوا مقعده من النار» أو قال «وجبت له النار»[١] وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يحلف عبد أو أمه عند هذا المنبر على يمين ولو على سواك رطب عامداً إلا وجبت له النار»[٢] وأيضاً روى أبو غطفان قال: اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم فقضى على زيد بن ثابت باليمين فقال له زيد: أحلف له مكاني فقال مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبي أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك[٣] قال الشافعي: فلو لم يعرف زيد أن اليمين عليه لقال لمروان: ما هذا عليّ قال الشافعي: وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حلف على المنبر في خصومه كانت بينه وبين رجل[٤]، وروي أن عثمان رضي الله عنه رتَّب عليه اليمين على المنبر فاتقاها وافتدى منها وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال يمينه[٥]، وروى الشافعي رضي الله عنه بإسناده عن

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي ﷺ (٣٢٤٦)، وابن ماجه في الأحكام، باب اليمين عند مقاطع الحقوق (٢٣٢٥)، وأحمد في «مسنده» (١٤٦٠٦).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٣٠).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٤١٠).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٧٧).

(٥) جزء من الأثر المتقدم تخريجه.

المهاجر بن أبي أمية قال: كتب أبو بكر رضي الله عنه إلي أن أبعث إلي بقيس بن مكشوح في وثاق فبعثه إليه فأحلفه خمسين يميناً عند منبر رسول الله ﷺ ما قتل فلانا[1] [١٢/ ١٦٢أ] وروي ما قتل ذار، وروي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه... بمن اتهم من أعمال يمينه وأرضى صاحبه. ثم قال الشافعي رضي الله عنه: وبسنة رسول الله ﷺ وأهل العلم ببلدنا دار السنة والهجرة وبحرم الله وبحرم الرسول اقتدينا. قال القفال: ولو حلف في الروضة وهي ما بين القبر والمنبر جاز لأن النبي ﷺ أخبر أنها روضة من رياض الجنة[2].
قال الشافعي: وقد روى الذين خالفوا أن عمر رضي الله عنه حلف قوماً من اليمن، فأدخلهم الحجر فكيف أنكروا علينا أن يحلف من بمكة بين الركن والمقام، ومن بالمدينة على المنبر ونحن لا نجلب أحداً من بلده. وأما التغليظ بالزمان نص عليه الشافعي رضي الله عنه: وأحب إلي لو حلفه بعد العصر لقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: الآية ١٠٦] قيل: أراد به صلاة العصر، وروى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي ﷺ أحلفهما بعد العصر ما خانا[3]، وروي عن ابن أبي مليكة قال: كتب إليّ ابن عباس رضي الله عنهما في جاريتين ضربت إحداهما الأخرى أن احبسهما بعد العصر ثم اقرأ عليهما ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: الآية ٧٧] إلا به ففعل فاعترفت[4]. وأما الألفاظ أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة [١٢/ ١٦٢ب] ونحو ذلك، وقال في القسامة: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم خافية الأعين وما تخفي الصدور ويجوز كلاهما ويجب أن يقرأ عليه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: الآية ٧٧] الآية. قال الشافعي: ورأيتهم يؤكدون بالمصحف وذلك عندي حسن أخبرني بذلك مطرف بن مازن بإسناده عن عبد الله بن الزبير قال الشافعي: ورأيت مطرف بن مازن بصنعاء يحلف على المصحف ويروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً وهذا لأن المصحف يشتمل على أسماء الله تعالى وكلامه. وحكي عن بعض أصحابنا أنه قال: يحلفه قائماً لأن الشافعي ذكر ذلك في اللعان وأما العدد فلا يغلظ به إلا في القسامة واللعان على ما ذكرنا دون غيرهما.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٧٦).

(٢) أخرجه البخاري في الجمعة، باب فضل ما بين القبر والمنبر (١١٩٦)، ومسلم في الحج، باب ما بين القبر والمنبر روضة من رياض الجنة (١٣٩٠) والترمذي في المناقب عن رسول الله، باب ما جاء في فضل المدينة (٣٩١٥).

(٣) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب شهادة أهل الذمة وفي لوصية في السفر (٣٦٠٥).

(٤) أخرجه الشافعي في «مسنده» (١/ ١٥٢).

فرع

التغليظ هل يكون بطلب الخصم أو يكون ذلك إلى الحاكم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: أنه إلى الحاكم، **والثاني**: أنه إن لم يطلب الخصم لا يؤكد ولأنه رضي بدون حقه.

فرع آخر

التغليظ بالألفاظ والزمان لا يجب بل هو تأكيد واستحباب والتغليظ بالمكان هل يجب؟ فيه قولان لأن الشافعي قال في اللعان: يلاعن على المنبر فإن لاعن في موضع آخر هل يعيد اللعان؟ فيه قولان: **أحدهما**: يلزم الإعادة لأنه منصوص عليه كالعدد [١٢/١٦٣أ] قال وهو الصحيح. وذلك في موضع آخر، ولو أخطأ الحاكم في رجل. فأحلفه في غيره ونقول فيه واحد من القولين من صح مذهبه....[١]، المدعى عليه في عمله قضاء به جاز والتغليظ مكان اختيار وهذا لا يصح لأنا بينا نصه على القولين وقال القفال: لا فرق بين المكان والزمان فهل يجب كلاهما قولان **أحدهما**: يجب حتى الوضع من تأكيد لفظ هل يكون نكولاً فيه وجهان لأن حرمة الزمان والمكان لا توجد في غيره وحرمة اللفظ موجودة في قوله تعالى.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو حلف لا يحلف بين المقام والبيت أحلف في الحجر ولو حلف لا يحلف في الحجر أحلف عن يمين المقام عند باب البيت ويكون قرب إلى البيت من المقام، قال: ولو قال قائل: يجبر على اليمين بين البيت والمقام وإن حنث كما يجبر على اليمين، ولو لزمته وعليه يمين أن لا يحلف كان مذهباً فأومأ إلى قولين في وجوب التغليظ، وقال القفال: إذا قلنا: إنه اختيار نعرض عليه القاضي فنكل فالصحيح من الوجهين أنه نكول لأنه ليس له رد [١٢/١٦٣ب] لا يغلظ عليها بالمكان لأنه إذا لم يجب عليها حضور مجلس الحكم... وكان ذلك عذراً لها فكذلك يجب أن يسقط التغليظ بالمكان في يمينها.

فرع

إذا أراد الحاكم أن يحلف المرأة فإن كان الحاكم يعرفها حلفها متنقبة، وإن لم يعرفها فإن شهد شاهدان على أن هذه فلانة بنت فلان أحلفها وسجل بأنه حلف فلانة بنت فلان بعدما ثبت عنده بشهادة شاهدين أنها فلانة بنت فلان، فإن لم يشهد شاهدان فإنه يكلفها أن

---

(١) سواد في الأصل.

تسفر عن وجهها وينظر إليها ثم يحلفها.

فرع آخر

يحلف المرأة على المنبر وتحلف جالسة ستراً لها لأنها عورة.

فرع آخر

لو أراد تغليظ اليمين على الزمن الذي لا يقدر على المشي إلى مكان التغليظ فأجره حمله على المستحلف له لأنه ليس بحق على الحالف وإنما هو حق للمستحق وكانت أجرة عوده على الحالف لأنه يعود في حق نفسه.

فرع آخر

قال في «الأم»: لا يجلب رجل إلى مكة ولا إلى المدينة للتحليف بل يستحلفه الحاكم في الموضع الشريف في مكانه، فإن امتنع بجند أو بعز استحضره الإمام ليستحلفه في المكان الأشرف إلا أن يكون بالقرب من موضعه وقِبَل بلد الإمام قاض يقدر عليه فيستحلفه في المكان الشريف قال بعض أصحابنا: هذا يدل أنه [١٢/ ١٦٤أ] ليس للمستحلف الامتناع من تغليظ المكان.

مسألة[١]: قال: ويحلف المشركون وأهل الذمة والمستأمنون في الأيمان كما وصفنا يحلف كل واحد منهم بما يعظم من الكتب وحيث ما يعظم من الموضع.

وجملته أنه إذا توجهت اليمين على أهل الذمة تغلظها عليهم اليمين كما تغلظ على المسلمين والتغليظ عليهم بالمكان والزمان واللفظ، ولا يختلف أصحابنا أن اليهودي يحلف في الكنائس والنصارى في البيع، وأما المجوسي فمن أصحابنا من قال: لا يحلف في بيت النار لأنهم لا يعظمون البيوت ولا البقاع بوجه وليس لهم كتاب يعظمونه وإنما يعظمون النار دون بيت النار ولا يجوز أن يحلَّف بالنار فلا يكون في أيمانهم تغليظ بالمكان ولا بالكتاب، ومن أصحابنا من قال: تغلظ عليهم اليمين ببيت النار لأنهم إذا عظموا النار عظموا بيتها والموضع الذي يخدمونها فيه فيغلظ هذان وهذا أصح، والأول اختيار أبي حامد، فإذا تقرر هذا نقول: يحلف اليهودي والله الذي لا إله إلا هو الذي أنزل التوراة على موسى وأنجاه من الغرق وفرعون ونحو ذلك وروي عن كعب بن بشر أنه أدخل يهودياً الكنيسة ووضع

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١١٥).

التوراة على رأسه واستحلفه بالله. وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: زنا رجل [١٢/ ١٦٤ب] من أهل فدك فكتب أهل فدك إلى ناس من اليهود أن سلوا محمداً عن ذلك وذكر الحديث إلى أن قال النبي ﷺ لابن صوريا: «أنشدكم بالذي فلق البحر لبني إسرائيل وظلل عليهم الغمام وأنجاهم من آل فرعون وأنزل التوراة على موسى، وأنزل المن والسلوى على بني إسرائيل ما تجدون في التوراة من شأن الرجم»[١] ذكره ابن المنذر وقال: إن ثبت الخبر فإن فيه حجة التغليظ. ويحلف النصراني فيقول: والله الذي لا إله إلا هو الذي بعث عيسى بالحق وأنزل عليه الإنجيل وجعله يبرىء الأكمه والأبرص ويحيي الموتى، وروي أن رسول الله ﷺ كان يحلف واحداً من اليهود فقال: «قل بأيام الله عند بني إسرائيل»[٢] والمراد بأيام الله نعمه عليهم وذاك تأكيد لليمين لا أصل اليمين إذ لا يجوز الحلف بالأيام والنعم.

فرع

يحلف اليهودي في وقت أشرف صلواتهم عندهم وليس للمجوس صلوات مؤقتة يحلفون بها وإنما لهم زمزمة يرونها قربة فإن كانت مؤقتة عندهم أحلفوا في أعظم أوقاتهم عندهم، وإن لم تكن مؤقتة سقط تعليق إيمانهم بالزمان إلا أنهم يرون النهار أشرف من الليل لأن النور عندهم أشرف من الظلمة فيحلفون في النهار دون الليل.

فرع آخر

هل يحلف المجوسي بالله [١٢/ ١٦٥أ] الذي خلق النار والنور؟، قال بعض أصحابنا: يحلف بذلك لاختصاصه بتعظيمها وهو اختيار القفال، ومن أصحابنا من قال: لا يحلفون بذلك لأنهم يعتقدون قدم النار والنور.

فرع اخر

فلو كان وثنياً أو زنديقاً حلفه بالله تعالى حسب ولا يزيد على ذلك ولا يغلظ في حقه بالمكان والزمان والألفاظ وإنما يحلف بالله تعالى، وإن كان لا يعتقد ذلك ليزداد بها إثماً وعقوبة من الله تعالى ويلحقه شؤم كذبه إن كذب، فإن قال قائل: هلا يحلف باللات والعزى لأنهم يعتقدون تعظيم ذلك كما يغلظ يمين اليهودي بالكنيسة قلنا: الفرق أن الحلف

---

(١) أخرجه الحميدي في «مسنده» (٢/ ٥٤١).

(٢) لم أجده.

بذلك كفر ومعصية قال ﷺ: «من حلف باللات والعزى فقد كفر» لأن دخول المسلمين بيوت أصنامهم معصية لأنها لم توضع في الابتداء والانتهاء إلا على معصية والدخول في الكنيسة والبيعة ليس بمعصية فقد كانت موضوعة في الابتداء على طاعة فتسحب فجاز التغليظ بذلك ردعاً وزجراً.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: ولا يحلفون بما يجهل معرفته المسلمون قال بعض أصحابنا: معناه العشر الآيات ونحوها لأنهم بدلوا كتبهم وحرفوها وأدخلوا فيها ما ليس منها ولا يؤمن أن يكون ذلك مما بدلوه، وإنما يحلفهم بما يعرفه المسلمون وربما يكذبون في استعظام شيء ونحن لا نعرف معناه [١٢/ ١٦٥ب] فلا يحلف بذلك.

مسألة: قال: ويحلف الرجل في حق نفسه وما عليه بعينه على البت[١].

معنى قوله في حق نفسه أنه إن ادعى على غريم ديناً فقال الغريم: قد استوفيته مني يحلف بالله ما استوفيته منك ولا يرضى منه بأن يقول: بالله لا أعلم أني استوفيته منك وقوله فيما عليه بعينه معناه أن الذمي إذا ادعى عليه فأنكر فالقول قوله مع يمينه ويحلف على البت، ولا يكتفي منه بالعلم لأن أحوال نفسه لا تكاد تخفى عليه، وأما قول الشافعي مثل أن يدعي عليه براءً من حق له فيحلف بالله أن هذا الحق ويسميه الثابت عليه ما اقتضاه ولا شيئاً منه ولا مقتضى بأمره بعلمه ولا أحال به ولا بشيء منه ولا أبرأه ولا من شيء منه بوجه من الوجوه فذاك خمس شرائط: **إحداها**: أن هذا الحق الثابت عليه، **والثانية**: ما اقتضاه ولا شيئاً منه يريد ما قبضه ولا شيئاً منه، **والثالثة**: ولا مقتضى بأمره بعلمه يريد به ولا قبضه غيره بأمره وإنما قال بعلمه لأن من عليه الدين إذا قال: دفعت الدين إلى وكيلك حلف أنه لا يعلم أن وكيلي قبضه فلهذا شرط العلم ويرجع معناه إلى قبضه لا إلى أمره به، قال في «الأم»: ويزيد على ذلك ولا قبضه غيره بغير أمره ثم وصل إليه لأنه إذا قبضه غيره بغير أمره ثم وصل إليه فقد برىء به من عليه الدين، والرابعة: ولا أحال به [١٢/ ١٦٦أ] ولا بشيء منه، والخامسة: ولا أبرأه ولا من شيء منه ثم قال: وإنه لثابت عليه إلى أن يحلف بهذه اليمين وهذا تكرار الأول لأنه قال: إن هذا الحق ثابت وهذا يقتضي ثبوته في الحال، ولو جعل ست شرائط مع الذي زاد في «الأم» كان صحيحاً. واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: تلزم اليمين على ما ذكر الشافعي على الأنواع كلها لأنها أنفىٰ للإجمال، وقد ذكرنا

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١١٧).

عن أبي إسحاق أنه قال: إذا ادعى جهة معينة فقال: دفعتها إليه أو أبرأني منها فيمين المدعي مقصورة على النوع الذي ادعاه وهو الأصح لأن ما لم يذكره لا يطالب به. قال الشافعي: وإن كان حقاً لأبيه حلف على البت في نفسه وفي أبيه على العلم وأراد به أنه إذا ادعى عليه أنك استوفيت دين أبيك حلف على البت، وإن ادعى أن أباك استوفى وإنك تعلم ذلك حلف أنه لا يعلم ذلك لأن فعل أبيه قد يخفى عليه. وجملته أن اليمين على أربعة أضرب: **أحدهما**: أن يحلف على إثبات فعل نفسه، والثاني أن يحلف على نفي فعل نفسه، والثالث على إثبات فعل غيره، والرابع أن يحلف على نفي فعل غيره وفي جميعها يحلف على البت أو في القسم الأخير فإنه يحلف على العلم وذلك مثل ما ذكرنا. وكذلك لو ادعى أن أباه اشترى منه كذا أو استقرض منه كذا أو أتلف عليه كذا أو وهبه ونحو ذلك فإنه يحلف [١٢/ ١٦٦ب] أنه لا يعلم أن أباه فعل ذلك أو لا يعلم أن له على أبيه ما يدعيه من الدين، ولو ادعى على أبيه الميت ديناً حلف الوارث على العلم فلو رد اليمين على المدعي حلف على البت وعلى هذا فقس، وإن شئت قلت: إذا حلف على الإثبات حلف على البت سواء كان يحلف على فعل نفسه، أو على فعل غيره وإن حلف على النفي نظر فإن كان على نفي فعل نفسه حلف على البت، وإن كان على نفي فعل غيره أو معنىً يرجع إلى غيره حلف على العلم، وإنما كان كذلك لأنه لا يمكنه الإحاطة بعدم فعل غيره ولا يمكنه القطع عليه أبداً فحلف على العلم وليس كذلك فعل نفسه، فإنه يمكنه أن يحيط بوجوده وعدمه فوجب أن يحلف على القطع، ولهذا نقول: إذا ادعي عليه عيب باطن في الحيوان أنه يحلف على العلم فيقول: بعته وما به داء علمته لأن العيب الباطن تشق معرفته ويتعذر لأنه يفتدى على الصحة والسقم وتحول طبائعه، وقل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر، وقال الشعبي والنخعي: الأيمان كلها على العلم سواء كانت على نفي فعل نفسه أو فعل غيره، وقال ابن أبي ليلى على البت في النفي سواء كان على فعل نفسه أو فعل غيره، واحتج الشعبي بأنه لا يجوز أن يحلف ما لا علم له به، واحتج ابن أبي ليلى بأنه لا يجوز اليمين بالاحتمال كما في فعل نفسه، وهذا غلط لما روي في خبر الحضرمي [١٢/ ١٦٧أ] والكندي «أن النبي ﷺ قال للحضرمي: هل بينه؟ قال: لا ولكن يحلف يا رسول الله بالله الذي لا إله إلا هو ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه....[١] الكندي لليمين فقال رسول الله ﷺ: إنه لا يقتطع رجل إلا بيمينه إلا لقي الله يوم القيامة يلقاه وهو أجدم، فردها الكندي ولم يكره عليه النبي ﷺ عرض اليمين على نفي العلم»[٢]، وروي أنه حلف رجلاً: «قل والله ما له عليك

---

(١) سواد في الأصل.

(٢) تقدم تخريجه.

حق»[١]. وأما ما ذكروه فلا يصح لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ونفيه دون فعل غيره كما قلنا في الشهادة، تارة تكون على القطع فيما يمكن فيه القطع من العقود، وتارة تكون على غالب الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب كذلك هنا.

فرع

لو حلفه الحاكم على البت في الموضع الذي قلنا يحلفه على العلم لم يضره وكان معناه راجعاً إلى نفي العلم كما نقول في الشهود إذا شهدوا على إثبات النسب بأنه لا وارث له غيره، قال الشافعي رضي الله عنه: تقبل شهادتهم ويكون معناه لا يعلمون له وارثاً غيره.

فرع آخر

قال أصحابنا: إذا ادعى رجل أنه غصبه شيئاً أو أودعه شيئاً ذكره فأجاب فقال: ما له عليَّ حق كان جواباً صحيحاً ولا يطلب أنه ما غصبه أو لا أودعه لأنه قد يغصبه أو يودعه فيسترده منه، أو سلف الوديعة من غير [١٢/١٦٧ب] تفريط منه فلا يلزمه ضمانها، فلم يكلف اليمين على أنه ما غصبه ولا أودعه ولا يحلف على ذلك، فإنه إن حلف على أنه ما غصبه وكان قد غصبه ثم اشتراه، أو أنه ما أودعه وكان أودعه ثم اشتراه، أو تلف عنده فكان قد حلف كذباً وذلك لا يجوز، وإن أقرَّ به كلفه الإمام إقامة البينة على ذلك، فإن لم يكن بينة على الشرى فيؤخذ منه الشيء أو قيمته وذلك ظلم، فإذا كان كذلك سمع جوابه بأنه ما له عليه حق ويحلف على ذلك، وإن أجاب المدعى عليه بأنه ما غصبه ولا أودعه كان الجواب أيضاً صحيحاً، فإذا أراد أن يحلفه اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يحلفه على أنه لا حق له عليه، ولا يحلف على أنه ما غصبه ولا أودعه لما ذكرنا من الاحتياط، ومنهم من قال: يحلفه على حسب الجواب لأنه لما أجاب بذلك دل على أنه يجوز له أن يحلف عليه، ولا يؤدي إلى كذبه في يمينه، وقد ذكرنا هذا في مواضع في أثناء المسائل.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: ولو ادعى عليه غصب دار فقال: ما غصبته إياها وهي لي دونه ففي إحلاف الحاكم له وجهان: **أحدهما**: يحلفه على ما أجاب به والله ما غصبته هذه الدار وأنها لي دونه. **والثاني**: يحلفه أنه لا حق له في هذه الدار، ولا بسببها لأن الغصب موجب للأجر فصار بادعاء غصبها وملكها مدعياً [١٢/١٦٨أ] لها ولأجرتها فاحتاجت يمينه إلى أن

---

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/ ٢١٤).

تتضمن نفي الأمرين: الملك والأجرة فلذلك قال في يمينه، لا حق له فيها ولا بسببها لأنه لا يمتنع أن يزول ملكه عنها بعد استحقاق أجرتها بالغصب.

فرع آخر

ادعىٰ ديناً في ذمته ورد إليه يحلف على إثباتها ونفى ما يسقطها فيقول: والله إن لي عليه ألف درهم ما قبضتها ولا شيئاً منها ولا قُبضت لي ولا شيء منها ولا أبرأته منها ولا من شيء منها ولا وجب له عليّ ما يبرأ به منها أو من شيء منها ثم يقول: وإنها لثابتة عليه إلى وقتي هذا، وقد ذكرنا هذا فإثباتها باليمين يستحق، وأما بقاؤها إلى وقت اليمين فمستحب، وأما نفي إسقاطها ففيه وجهان محتملان: **أحدهما**: مستحق لأن ثبوتها لا يمنع من حدوث ما يسقطها، **والثاني**: مستحب لأن إثباتها في الحال يمنع من سقوطها من قبل.

فرع آخر

قد ذكرنا كيف يحلف في اليمين مع الشاهد، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان: **أحدهما**: يلزمه أن يذكر فيها وأن ما شهد به شاهده حق وصدق على ما شهد به تحقيقاً لشهادته وإثباتاً لقوله، **والثاني**: لا يلزمه ذلك لأنه في يمينه بمثابة الشاهد الآخر وليس يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الاخر وصحة شهادته.

فرع آخر

إذا ادعى رجل على رجل ديناً له على أبيه سمعت دعواه لثلاث شرائط إحداها: [١٢/١٦٨ب] الأرض على أنها كذا فوجدت أكثر من ذلك بطل البيع.

فرع آخر

قال: ولو ادعى على رجل تسليم شيء اشتراه منه فأنكر المدعى عليه ذلك وذكر أنه غير واجب عليه تسليم ما ادعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه على البت ما يجب عليه تسليم ما ادعاه ولا شيء منه بحق البائع الذي ذكره.

فرع آخر

قال: لو أقر بأنه باع هذه الدار وأنكر وجوب التسليم عليه وذكر أنه غير واجب عليه تسليمها فالقول قول المدعي مع يمينه، ولو أقر بالبيع وادعى أنه لا يقدر على التسليم ولا بينة له فالقول قول المشتري مع يمينه على البت بالله إنه لقادر على تسليمها قلته تخريجاً، وإن ادعى البائع أن المشتري قد تسلمها حلف المشتري بالله ما تسلمها على البت، وإذا

ادعى البائع أن قد تسلمها وكيل المشتري فمذهب الشافعي أن يحلف المشتري بالله ما يعلم أن وكيلي فلاناً تسلمها، وإن كان وكيل المشتري ادعى على البائع التسليم فذكر البائع أنه سلمها إلى الموكل فإن كان الموكل حاضراً حلف الموكل على البت أنه ما قبضها ولا شيئاً منها وأنه لواجب عليه تسليمها إليه، وإن كان الموكل غائباً بحيث يشق إحضاره، فمذهب الشافعي أن الوكيل يحلف أنه ما يعلم أن موكله قد تسلم هذه الدار منه بحق هذا المشتري الذي ادعاه [١٢/ ١٦٩أ] ولا شيئاً منها وإنه لواجب عليه تسليمها قلته تخريجاً.

مسألة[١]: قال: وإذا حلف قال: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم.

الفصل

أولى الأيمان له الزاجرة ما ذكره الشافعي رضي الله عنه هنا: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، وقد ذكرنا أنه قال في «الأم»: الذي يعلم خافية الأعين وما تخفي الصدور وهما سواء في المعنى ولكن الأول أولى لأن سبقها الرحمن الرحيم قد تضمنها القرآن وقوله: الذي يعلم تنبيه للحالف على علم الله تعالى بصدقه وكذبه، فإذا زاد في إحلافه ما يقوله كثير من الحكام بالله الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك جاز لأن فيه تنبيه الحالف على استدفاع مضاره واستجلاب منافعه، ولو اقتصر على قوله والله قد ذكرنا أنه يجوز بدليل خبر ركانه، وروي أن النبي ﷺ قال: «والله لأغزونَّ قريشاً»[٢] فاقتصر على الاسم الشريف، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً أنه لا يجوز الاقتصار عليه ثم قال الشافعي: ثم ينسق اليمين، ومعناه ينبغي أن تكون ألفاظ اليمين منسوقة لا يقطع بعضها عن بعض.

فرع

لا يجوز أن يحلف أحداً [١٢/ ١٦٩ب] بطلاق أو عتاق أو نذر لأنها تخرج عن حكم اليمين إلى إيقاع فرقة والتزام عزم وهو مبتدع، وقد قال الشاعر:

رأيت كليباً أحدثت في قضائها طلاق نساء لم يسوقوا لها مهرا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٢٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت (٣٢٨٥).

فرع آخر

قال الشافع رضي الله عنه: ومتى بلغ الإمام أن حاكماً يستحلف الناس بالطلاق أو العتاق عزله عن الحكم لأنه جاهل.

فرع آخر

لو وصل اليمين بكلام لم يفهمه الحاكم أو دخل في أثنائها ما ليس منها أعادها عليه وزجره عليه إن تعمد.

فرع آخر

الأخرس يحلف بالإشارة إن كان مفهوم الإشارة، فإن لم يكن مفهوماً يتوقف كما في المجنون.

مسألة: قال: ولا يقبل منه اليمين إلا بعد أن يستحلفه الحاكم[1].

قد ذكرنا هذه المسألة أنه إذا حلف قبل الاستحلاف تعاد ولا يعتد بها لخبر ركانه.

فرع

لو فوض الحاكم اليمين إليه فاستوفاها الحالف على نفسه كان الحاكم مقصراً وهل تجوز؟ فيه وجهان محتملان: **أحدهما**: تجزىء فيما يجب بها من نفي أو إثبات لأنها باجتهاد الحاكم وعن أمره، **والثاني**: لا تجزىء لأنها تصير محمولة على تنبيه الحالف وهي مستحقة على نية المستحلف فكانت غير المستحقة.

فرع آخر

لو ادعى عليه بيعاً فأجاب [١٢/١٧٠أ] ما اشتراها مني ففي يمينه وجهان: **أحدهما**: أنه ما له في هذه حق استظهار من أن تكون قد ملكها بعد البيع، **والثاني**: يحلف على موافقة الإنكار لأن هذا الاختلاف ارتفع بقوله: ما اشتراها منه ولا شيئاً منها، ولا اشتريت له ولا شيئاً منها، ولو حلف بالله ما باعها منه ولا شيئاً منها ولا باعها على أحد اشتراها له ولا شيئاً منها، ولا باعها عليه أحد من جهتي ولا شيئاً منها أجزي لأن نفي الشراء موجب لنفي البيع، ونفي البيع موجب لنفي الشراء وفي أولاهما باليمين وجهان محتملان: **أحدهما**:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٢٨).

الأولى ما ذكرنا أولاً لأنها مقابلة الدعوى، **والثاني**: الأولى ما ذكرنا ثانياً لأن الثاني أخص بنفي فعله.

فرع آخر

لو ادعى رجل بأنه قتل أباه فأجاب بأنه لا يجب عليه بهذه الدعوى حق يكفي ويحلف عليه لأنه يجوز أن يكون قتله قوداً أو مرتداً.

باب الامتناع عن اليمين

مسألة: وإذا كانت الدعوى غير دم في مال أحلف المدعى عليه[1].

الفصل

إذا ادعى مالاً أو غيره فنظر فإن كان مع المدعي بينة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة من غير جهة الخصم فلا يلحقها التهمة واليمين من جهة الخصم فيها تهمة فقدم ما لا تهمة فيها، وإن لم يكن له بينة حلف المدعى عليه وقدمت يمينه على يمين المدعي لأن [١٢/ ١٧٠ب] جنبته أقوى لكون الأصل برأة الذمة، فإن حلف سقطت دعواه، وإن لم يحكم لم يحلف بنكوله خلافاً لأبي حنيفة ولا يتوقف لتركه اليمين عندنا بل ترد اليمين في الحال على المدعي فيحلف ويحكم له فإن حلف حكم له وإن لم يحلف قيل له: لماذا لا تحلف فلم يسأل الشافعي رضي الله عنه المدعى عليه عن سبب نكوله وسأل المدعي عنه، وقد ذكرنا الفرق من قبل، وقال ابن أبي أحمد: القياس أن يسأل المدعى عليه كما يسأل المدعي فيقال للمدعى عليه: لماذا تأبى عن اليمين وتستثبت وهذا لا يصح والفرق ظاهر قال صاحب «الإفصاح»: لو قال المدعى عليه: امهلني حتى أنظر في الحساب أمهلناه قولاً واحداً وإنما يفرق بينهما إذا نكل ولم يسأل المهلة وعندي أنه إذا قال: أمهلني حتى أسأل عن عالم يمهل أيضاً ولا.... بيوم ولكن قضاة بلدنا استحسنوا في الإمهال يوماً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يمهل للنظر في الحساب أيضاً لأن الحق لزمه فلصاحب الحق أن لا يؤخر حقه وهذا ضعيف، ولو قال المدعي: لا أوخر ذلك الشيء غير أني لا أحلف أبطلنا أن يحلف بكذا ذكره الشافعي وأراد به أن المدعى عليه إذا أراد اليمين إلى المدعي فقال: لا أختار أن أحلف لا لأني أنظر في الحساب ولا لأني انتظر البينة بطل حلفه ويمنعه [١٢/ ١٧١أ] القاضي من ملازمة خصمه ويأمره بتخليته. ثم إذا نكل هكذا سقطت اليمين من جهته حتى لا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٣٢).

يمكن العودة إليها إلا أن يدعى ثانياً في مجلس آخر وينكل المدعى عليه عن اليمين وترد ثانيا اليمين على المدعي وهذا لأنه أسقط اليمين عن جنبته فلا يعود إلا بسبب آخر بخلاف ما لو قال: انظر في الحساب لأنه لم يسقط فبعد ذلك له العود إليها. وأما قول الشافعي: وإذا كانت الدعوى في غير دم إنما استثنى الدم لأن البداية في القسامة بالمدعي وفي سائر الخصومات بالمدعى عليه. وأيضاً ذكر أن المدعى عليه يبرأ بيمين واحدة وهذا في غير الدم، فأما في الدم لا يبرأ إلا بخمسين يميناً في أحد القولين فأما يمين الرد تدخل في الدم كما تدخل في غيره بلا خلاف على المذهب، وعند أبي حنيفة في دعوى الدم يحبس المدعى عليه إلى أن يحلف ولا يقضي بالنكول، وعندنا كل ما تدخله الدعوى من الأمور دخل فيه الاستحلاف وإنما لا يستحلف في حقوق الله تعالى المحضة من الشرب والزنا لأن الدعوى لا تسمع فيه ابتداء، ولكن لو قذف ميتاً فلما أراد وارثه إقامة الحد عليه قال له القاذف: احلف أنك لا تعلم أنه زنى قال الشافعي رضي الله عنه: يحلف خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قال أصحابنا وكذا الحي [١٢/ ١٧١ب] المقذوف يلزمه أن يحلف أنه ما زنا ليمكنه إقامة الحد على القاذف.

مسألة: قال: ولو رد المدعى عليه أو لم يحلف فنكل المدعي، فأبطلنا يمينه ثم جاء بشاهدين.

الفصل

قد ذكرنا أنه إذا حلف المدعى عليه، ثم أقام المدعي بينة على الحق يحكم بها والبينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة، وهكذا لو نكل المدعي عن يمين الرد ثم أتى بشاهدين قبلنا بينته.

مسألة: قال: ولو رَدَّ المُدَّعى عليه فقلت للمدعي: احلف فقال المدعى عليه: أحلف[(١)].

الفصل

قد ذكرنا أنه إذا رد اليمين على المدعي فقال الحاكم للمدعي: احلف ثم قال المدعى عليه: أنا أحلف، لم يكن له ذلك لأن يمينه بطلت بنكوله السابق وتحولت إلى صاحبه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: القضاء بنكول المدعى عليه يحصل بأمرين: إما بأن يقول له

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٣٦).

القاضي: قضيت عليك بالنكول، أو بأن يقبل على المدعي فيقول: احلف أنت أو أتحلف أنت فبعد ذلك لا تقبل يمين المدعى عليه، والمستحب أن لا يقضى بنكوله ما لم يعرض اليمين ثلاثاً وما لم يقدم العذر في الثالثة إنك إذا لم تحلف في هذه الكرة ردت اليمين على خصمك ثم لا أقبل يمينك، فإن لم يفعل ذلك ورد اليمين جاز، وعندنا إذا قال للمدعي: أتحلف أنت ثم قال [١٢/ ١٧٢أ] المدعى عليه: أنا أحلف له ذلك وهو الأظهر.

مسألة: قال: ولو قال: أحلفه ما اشتريت هذه الدار التي في يديه ولا تملكتها لم أحلفه إلا ما لهذا ويسميه في هذه الدار حق[١].

الفصل

وقد ذكرنا صورة هذه السألة أن يدعي داراً في يد رجل فيقول: اشتريت منك هذه الدار وبعت مني فقال صاحب اليد: لا يلزمني تسليم الدار إليك فقال المدعي: أيها الحاكم أحلفه بالله ما باعها مني لم يحلفه على هذه العبارة وقد ذكرنا تعليله، قال ابن أبي أحمد: ولو حلفه ما هي له على ما ادعاه من البيع بالثمن الذي ذكره كان جائزاً، ولوقال: ما بعتها منه هل يحلفه على ذلك؟ قد ذكرنا وجهين، ثم إن كان وكيله يدعي ولم يكن المدعي حاضراً يحلف فيقول: ما لفلان ابن فلان ويسمي الوكيل في هذه الدار التي تدعيها حق ولا يلزمني تسليمها إليه، ولولم يقل ما له فيها حق فله ذلك لأنه قد تكون الدار له في إجارة الحالف وللمالك في ملكه حق، لكن إن قال ذلك وأراد الاستخراج من يد المدعى عليه صح ذلك، وإن كان المدعي حاضراً يقول: ما لهذا في هذه الدار التي يدعيها حق ولا يلزمني تسليمها إليه والصحيح أن يقرأ لفظ المختصر ما لهذا أو يسميه ولا يقرأ ويسميه من غير الألف [١٢/ ١٧٢ب] لأنه لا حاجة مع الإشارة والتعيين إلى التسمية.

باب النكول ورد اليمين

مسألة: قال: لا يقوم النكول مقام إقرار في شيء[٢].

الفصل

قد ذكرنا أنه لا يحكم بالنكول عندنا بل يرد اليمين على المدعي، ولا فرق بين ما يقبل البذل وبين ما لا يقبل البذل وبه قال عمر وعثمان وعلي والمقداد رضي الله عنهم والشعبي

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٣٦).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٧/١٣٩).

والنخعي وشريح، وقال مالك: إن كان ذلك مما يحكم فيه بشاهد وامرأتين، أو بشاهد ويمين ترد اليمين على المدعي، وإن كان مما لا يحكم فيه بذلك لا يرد فيه اليمين بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر، وقال أبو محمد: يحكم بالنكول، وقال أبو حنيفة: يقضي به في القصاص الطرف دون النفس لأنه يدخل البذل في الأطراف فإنه إذا قال: اقطع يدي فقطعها فلا ضمان وهذا لا يصح لأنه لا يستباح الطرف بالبذل كالنفس سواء فإن قال: أجريت النكول مجرى الإقرار والطرف يستوفى بالإقرار قلنا: والنفس تستوفى بالإقرار أيضاً فهلا قضيت فيها بالنكول؟ وقال أبو يوسف: يقضي بالنكول في النفس بالدية دون القصاص، واحتج أبو حنيفة بقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[1]، فجعل جنس اليمين في جنبة [١٢/ ١٧٣أ] المدعى عليه كما جعل حبس البينة في جنبة المدعي واحتج مالك بأن اليمين مع الشاهد لا يثبت بها عن المال فبأن لا يثبته باليمين وحده أولى وهذا غلط لما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق»[2] رواه الدارقطني بإسناده وأما ما رواه فلا حجة فيه لأنه أراد به ابتداءً، وأما ما قال مالك رحمه الله تعالى فلا يصح لأن ما يثبت بإقرار المدعى عليه يثبت باليمين مع النكول كدعوى المال ولأن نكول المدعى عليه أقوى من الشاهد لأنه حجة من جهة المدعى عليه فهو في معنى إقراره، وقد ذكرنا أن الأيمان تدخل في الأنساب والطلاق والعتاق والقسامة والنكاح والرجعة والولاء خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله وخالف أبو يوسف ومحمد وقال مالك وأحمد رحمهم الله تعالى: لا تعرض اليمين فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، وروي عن أحمد أنه يستحلف في دعوى القصاص والقذف والطلاق والعتاق. ثم اشتغل الشافعي رضي الله عنه بالمناظرة في هذه المسألة فقال: فإن قيل كيف اختلفت في الحدود والطلاق والنسب وجعلت الأيمان كلها تجب على المدعى عليه ثم كلها مردودة على المدعي؟ قلنا: إنما قلنا به استدلالاً بالكتاب والسنة ثم الخبر [١٢/ ١٧٣ب] عن عمر رضي الله عنه وأما الكتاب فهو أن الله تعالى حكم على القاذف غير الزوج بالحد ولم يجعل له مخرجاً إلا بأربعة شهداء، وأخرج الزوج من الحد بأن استحلف أربع ويلتعن فخامسة فيسقط عنه الحد ويلزمها أن تخرج بأربع أيمان والتعانها من الحد أفضل هذا ما ادعى الشافعي من الكتاب فإن قال: قابل هذا الاحتجاج كيف يستقيم وقد علم أن الخصم لا يسمى اللعان يميناً وأن الحد عند لا يجب عن المرأة بنكولها عن اللعان ويقولون أيضاً: لا يجب الحد على الزوج إذا أنكل

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ١١٣) والدارقطني.

والمحتج بما لا يستقيم إلا على أصله خاطىء، والجواب من وجهين: **أحدهما**: أن ذلك مستقيم على وجه البقاء فإذا لم يسلّم الخصم صار الكلام منقولاً إلى هذه الإصول وللمسؤول البناء والشافعي نصب نفسه مسؤولاً ألا ترى قال: فإن قيل: كيف أجريت الإيمان في هذه المواضع؟ والجواب الثاني أن هذا الاستدلال منه، وإن كان على خلاف مذهب الخصم فلا يضر إثبات مسائل يدل مسألة واحدة وهذه طريقة قوية في المناظرة وبيانها أنا إذا سئلنا عن الأيمان ثم أجريناها في الحدود فاحتججنا باللعان كما احتج الشافعي فقال: اللعان بشاهدة أمكننا أن نثبت بهذه الآية كونه يميناً لاشتراط لفظ [١٢/ ١٧٤أ] يمين وأن الرجل لا يشهد بنفسه ويحلف لنفسه، وإذا قال الخصم: أنا لا أوجب الحد عليها أمكننا بهذه الآية وجوب الحد عليها لأن الله تعالى قال: ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله وكان المتقدمون على مثل هذه المناضرة أحرص وإليها أسرع لأنها أكثر فائدة وأجمع علماً وكأن مناظرة المزني هذا الوجه، وقد قال الشافعي رضي الله عنه: في المزني حين أقبل يوماً من أحب أن ينظر إلى رجل يقطع الشيطان في النظر فلينظر إلى هذا.

وأما السنة التي ادعاها في أول الباب ما روي «أن النبي ﷺ قال للأنصار: من أن تحلفون وتستحقون دم صاحبكم فلما لم يحلفوا رد الأيمان على يهود ليبرؤوا بها فلما لم يقبلها الأنصار تركوا حقهم فلما خاف رسول الله ﷺ ثائرة الفتنة ودى الأنصاري من عنده بمائة من الإبل»[1]. فقد حول النبي ﷺ اليمين من حيث وضعها في الابتداء. وإنما خبر عمر رضي الله عنه الذي ادعاه فهو ما روي أن عمر رضي الله عنه جعل الأيمان على المدعى عليهم فلما لم يحلفوا ردها على المدعين[2]، وكل هذا تحويل يمين من موضع قد بدأت فيه إلىٰ الموضع الذي يخالفه. ثم احتج الشافعي بحديث آخر على الابتداء بعد ما خرج عن هذه دعواه المسابقة فقال: [١٢/ ١٧٤ب] قال رسول الله ﷺ: وعلى المدعى عليه اليمين فلا يجوز أن يكون على مدعى عليه دون غيره وهو على عمومه في النكاح والطلاق والحدود ولا تخصيص إلا بخبر لازم، وقد روى زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من طلب طلبة بغير شهود فالمطلوب أولى باليمين»[3]، وروي أن حذيفة رضي الله

---

(١) أخرج نحوه البخاري في الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه (٧١٩٢)، ومسلم في القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب القسامة (١٦٦٩)، وأبو داود في الديات، باب القتل بالقسامة (٤٥٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/ ٢١٩).

عنه عرض جمل له سرق فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت على حذيفة يمين في القضاء فأراد أن يشتري يمينه فقال: لك عشره فأبى، قال: لك عشرون فأبى، قال: لك ثلاثون فأبى، قال: لك أربعون فأبى، قال حذيفة: أتراني أترك جملي فحلف بالله أنه جمله ما باعه ولا وهبه[١]، وهذا دليل على رد اليمين. وقال الشافعي رضي الله عنه: ولا بأس أن يفتدي الرجل يمينه وبه قال مالك رحمه الله تعالى، وعن جبير بن مطعم رضي الله عنه أنه فدى يمينه بعشرة آلاف درهم. واحتج بحجة أخرى من الخبر الذي ذكر قال: قال النبي ﷺ: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهما لفظتان من رسول الله ﷺ ومخرجهما سواء فكيف يجوز أن يقال: إن جاء المدعي بالبينة أخذ حقه، وإن لم يبطل حقه لعجزه ولكن يحدث له حكم آخر وهو استحلاف المدعى عليه وفي جانب المدعى عليه يقال: اليمين حقه، فإن لم يأت بها [١٢/ ١٧٥أ] هل يجب أن يقال: إن لم يأت باليمين حدث له حكم غيرها وهو رد اليمين كما حدث لمدعي إن لم يأت بها عليه حكم غيره وهو اليمين، وإذا. . . .[٢] النبي ﷺ اليمين من حيث وصفها فكيف لم تحول. . . .

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: لا يقوم النكول مقام الإقرار إلا في خمس مسائل **إحداها**: إذا جاء. . . . . فطالبه بزكاة الماشية فقال: أديتها إلى بياع آخر ولم يحل عليها . . . . قال الشافعي: صدقه فإن اتهمه أحلفه فإن نكل عن اليمين سمعت ابن جريج يقول أخذت صدقته. **والثانية**: قال الشافعي رضي الله عنه: لو أن رجلاً من أهل الذمة غاب في بعض السنة ثم رجع مسلماً بعد تمام السنة وقال: كنت أسلمت وسقطت عني الجزية فالقول قوله فإن حلف سقطت الجزية وإن أبى أن يحلف حكم عليه بالجزية. **والثالثة**: قال الشافعي رضي الله عنه: لو أنا كشفنا عن ذراري أهل الحرب فوجدنا منهم من قد أنبت فقال: مسحت به دواء حتى نبت فالقول قوله مع يمينه، فإن أبى أن يحلف قتل. والرابعة: قال رب النخل: قد أحصيت مكيلة ما أخذت وهو كذا وقد أخطأ الخارص أو أصابته جائحة صدق، فإن اتهمه أحلفه، فإن نكل حكم عليه بالنكول تخريجاً. والخامسة: لو طلبت أن يعطى سهم المقاتلة [١٢/ ١٧٥ب] وذكر أنه محتلم وحلف أعطي، وإن أبى أن يحلف حكم عليه بالنكول ولم يعط السهم قلته تخريجاً. قال أصحابنا: قصد ابن أبي أحمد. . . . يحكم في هذه المسائل عند النكول من غير رد اليمين وهذا قصد صحيح ولم يرد أنه يحكم بالنكول لأن

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٧٩).

(٢) سواد في الأصل.

الحكم هنا بالسبب الظاهر غير النكول كما إذا قذف امرأته فطالبناه باللعان فنكل عنه حددناه بالقذف لا بالنكول فكذلك هنا، وقال بعض أصحابنا في مسألة الزكاة: إن كانت دعواه لا تخالف الظاهر فاليمين مستحبة قولاً واحداً فإن لم يحلف لا يلزمهُ شيء وإن كانت دعواه تخالفالظاهر فهل اليمين مستحبة أو واجبة فيه قولان: فإن قلنا: مستحبة لا يلزمه شيء عند النكول فلا سؤال وعند التسليم القدر ما ذكرنا وكذلك مسألة الجزية هل تستحب اليمين أم تجب وجهان وفي مسألة الإنبات اليمين واجب وجهاً واحداً وعند النكول حكم ببلوغه بالظاهر لا بالنكول.

فرع آخر

ذكر الإصطخري في أدب القضاء مسائل لا يمكن رد اليمين فيها مثل أن يموت رجل ولا وارث له فتكون تركته للمسلمين يأخذها الإمام فإذا وجد الإمام في دفتر حسابه ديناً له على رجل يعرف فإنه يستحضره ويعرفه ما عليه في دفتر حسابه، فإن أقر به لزمه، وإن أنكره كان القول قوله مع يمينه فإن حلف برىء، وإن نكل لا يمكن فيها رد اليمين لأن الإمام نائب [١٢/١٧٦أ] عن المسلمين فلا تصح يمينه والمسلمون غير محصورين فلا يمكن إحلافهم ...... فيه قال الإصطخري: فيه وجهان: **أحدهما**: أنه يحكم عليه بنكوله لتعذر اليمين فكان موضع الضرورة، **والثاني**: أن يحبس حتى يحلف أو يقر لأن الحكم بالنكول لا يجوز ورد اليمين لا يمكن فوجب حبسه حتى يقر أو يحلف وهذا هو المذهب. والثانية أن يموت رجل وقد أوصى إلى رجل فادعى الوصي أن الميت كان قد أوصى لقوم بشيء فإن شهد به لا تقبل شهادته لأنه يثبت بشهادته التصرف فيه لنفسه ويكون القول قول الورثة مع اليمين فإن حلفوا على العلم سقط الدعوى، وإن نكلوا فإن كان الموصى له معيناً ردت اليمين عليه وإن كان غير معين وإنما كانوا بأوصاف مثل الفقراء والمساكين فلا يمكن رد اليمين عليهم وفيه وجهان على ما ذكرنا. والثالثة أن يدعي أبو الطفل أو وصيه مالاً للطفل على رجل فأنكر المدعى عليه ولم يكن هناك بنية فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف برىء، وإن نكل فالحاكم يقف اليمين إلى أن يبلغ الصبي ويذكر في السجل أنه ادعى للطفل مالاً وأنكر المدعى عليه فنكل عن اليمين فوقف اليمين إلى أن يبلغ على ما جري الرسم في مثله، وكذلك إذا أقام شاهداً واحداً وقف حتى يبلغ فيحلف مع شاهده ويستحق هذا كله في حقوق الآدميين، فأما حقوق الله تعالى مثل حد الزنا [١٢/١٧٦ب] والشرب لا تسمع الدعوى على ما ذكرنا، ولا يجب على المدعى عليه أن يجيب عن دعواه إلا أن يتعلق بحق آدمي وهو في المسألة التي ذكرناها ... إذا قال للمقذوف احلف أنك ما زنيت فيحلف لتعلقه بحق .... خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، فإن حلف أقيم الحد على القاذف، وإن نكل رد

اليمين على القاذف، فإن حلف سقط عنه حد القذف، ولم يجب على المقذوف حد الزنا بيمينه وكذلك إذا ادعى عليه أنه سرق ماله فإن أبرأه من المال أو وهبه وأقبضه منه ثم ادعى القطع لم تسمع دعواه، وإن ادعى المال سمعت دعواه ويعرض اليمين عليه فإن حلف سقطت دعواه وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي، فإن حلف استحق المال ولا يقطع لأن حق الله تعالى لا يثبت بالنكول ورد اليمين وقال ابن أبي أحمد لا يمين في حد الزنا ولا شرب الخمر إلا في خصلة واحدة وهي أن يقرّ بما يوجب الحد ويدعي الشبهة، فإن الشافعي قال في كتاب اختلاف العراقيين، فإذا أصاب الرجل أمة وقال ظننتها تحل لي أحلف ما وطئتها إلا وهو يراها حلالاً ثم درئ عنه ويلزم المهر ولا أقبل هذا منه إلا أن يكون ممن يمكن أن يجهل، فإما من أهل الفقه فلا. قال الشافعي رضي الله عنه: في كل شتم وضرب التعزير يحلف على ذلك إذا أنكر فيحلف [١٢/ ١٧٧أ] ما شتمه هذا الشتم ولا ضره هذا الضرب الذي يدعيه.

فرع آخر

قال... ... بن أبي أحمد إذا ادعى على الشاهد ما يجرحه، فإن أقر به الشاهد لم... شهادته، وإن نكر لم يحلف عليه لأنا إن حلفناه صار خصماً فيؤدي ذلك إلى أن يصير جميع الشهود خصوماً.

فرع آخر

لو ادعى على الوكيل أن الموكل عزله فإن أقر به لم يلزمه خصومته، وإن أنكر لم يستحلف لأني لو حلفته لادعى عزله بعد اليمين ورام استحلافه ثانياً فلا يتوصل إلى حكم الحاكم بالوكيل أبداً قلته تخريجاً.

فرع آخر

لو أقر الأب أن ابنه الصغير الذي في حجره صار بالغاً رشيداً خرج من خصومة من رافعه إلى القاضي عن ابنه، وإن رام المدعى عليه استحلاف الأب على ذلك والأب منكر لم يحلف، وكذلك من ادعى عليه أنه بالغ فأقر والحال مشتبه قبل، وإن أنكر قال الشافعي رضي الله عنه: القول قوله يعني لا يمين عليه لأنه لو حلف حكم بصغره وإبطال يمينه.

فرع آخر

إذا أقر الوكيل للمدعى عليه بما وكله في خصومته فيه قال ابن سريج: خرج من

الخصومة بإقراره؛ قال ابن أبي أحمد تخريجاً عن ذلك فإن لم يقر الوكيل بذلك فقال المدعى عليه: إنه يعلم أنه لي فحلفه على ذلك لم يحلف لأن الشافعي رضي الله عنه قال: ليس على الوصي يمين إذا لم يكن وارثاً [١٢/١٧٧ب] فيجب أن يكون الوكيل مثله.

فرع آخر

لو ادعى على رجل شيئاً بعينه فأقر أنه لابنه الصغير لم يحلف وكان خصماً عن ابنه الصغير ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو ادعى على رجل شفعة في عقار في يده فقال: هو لابني الصغير في حجري وما اشتريته لم يحلف، ولو قال اشتريته لولدي الصغير كان إقراراً الشفعة ويحكم بها لك. والله أعلم.

انتهى الجزء بحمد الله ومنّه يتلوه كتاب الشهادات الثاني.

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وسلم تسليماً كبيراً إلى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل [١٢/١٧٨أ].

محتوى الجزء الثاني عشر من كتاب بحر المذهب

كتاب القاضي إلىٰ القاضي

كتاب الشهادات

كتاب الأقضية واليمين مع الشاهد